Das Eigentümergrundpfandrecht

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde

Der
Hohen Juristischen Fakultät
der Universität Marburg
vorgelegt von

Eduard Hoffmann
Gerichtsreferendar

Darmstadt 1917
Druck der L. C. Wittich'schen Hofbuchdruckerei

Das
Eigentümergrundpfandrecht

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde

Der
Hohen Juristischen Fakultät
der Universität Marburg
vorgelegt von

Eduard Hoffmann
Gerichtsreferendar

Darmstadt 1917
Druck der L. C. Wittich'schen Hofbuchdruckerei

Referent Prof. Dr. F. Leonhard.
Gegenreferent Prof. Dr. M. Wolff.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Archiv für bürgerliches Recht = Bürg. Arch.
Archiv für die zivilistische Praxis = Ziv. Arch.
Bachofen, Das römische Pfandrecht. Bd. 1. 1847.
Beck, Die Maximaleigentümerhypothek des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1910.
Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts = Gruchot.
Biermann, Kommentar zum Sachenrecht. 2. Aufl. 1903.
Bruck, Die Eigentümerhypothek. 1903.
Buchka, Die Hypothek des Eigentümers. 1875.
Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. III. 6. Aufl. 1913.
Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des römischen Rechts. 2 Bde. 1860, 1864.
Dernburg und Hinrichs, Das Preußische Hypothekenrecht. 2 Bde. 1877. 1891.
Dernburg, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. III. 4. Aufl. 1908.
Deutsche Juristenzeitung = D. Jur.-Z.
Eccius, Preußisches Privatrecht. 7. Aufl. 1896.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. 1905.
Enneccerus, Kipp und Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil. 9.—11. Aufl. 1913 (Enneccerus). Sachenrecht, 2. Bearbeitung, 1913 (Wolff).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen = R. G. E.
Fuchs, Grundbuchrecht. Bd. I. 1902.
v. Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. II. 1905.
Güthe, Grundbuchordnung. III. Aufl. 1913.
Hachenburg, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. 1900.
v. d. Hagen, Die Hypothek des Eigentümers. 1836.
Hartmann, Rechte an eigener Sache. 1877.
Heinsheimer, in der Kritischen Vierteljahrsschrift. Bd. 49.
Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung. 1910.
Hirschfeld, Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstück. 1914.
Horn, Die Eigentümerhypothek. 1906.
Huber, Die Eigentümerdienstbarkeit. 1902.
Jäckel-Güthe, Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz. 5. Aufl. 1915.
Jäger, Kommentar zur Konkursordnung. 3. und 4. Aufl. 1913.
Jahrbücher für Dogmatik = Dogm. J.
Jhering, Passive Wirkungen der Rechte. (Dogm. J. Bd. 10.)

Kindel, Betrachtungen über die Eigentümerhypothek. (In der Festgabe für Koch.) 1903.

Kohler, in v. Holtzendorffs Enzyklopädie. Bd. II. 7. Aufl. 1914.

Kohler, Substanzrecht und Wertrecht. (Bürg. Arch. Bd. 91.)

Kretzschmar, Sachenrecht. 1906.

v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch. 1903.

Oberneck, Das Grundbuchrecht. 4. Aufl. 1909.

Planck, Kommentar zum B. G. B. Bd. III. 3. Aufl. 1906, 4. Aufl., 1. Lieferung 1915.

Predari, Die Grundbuchordnung. 2. Aufl. 1913.

Puntschart, Pfandrechte an eigener Sache. (In der Festgabe für v. Amira.) 1908.

Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs. 1899.

Schmidt-Rimpler, Die Eigentümerdienstbarkeit. 1911.

v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts. 1899.

Semmelmann, Beiträge zum praktischen Rechte der Eigentümerhypothek. 1906.

Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. (Dogm. J. Bd. 50.)

v. Staudinger, Kommentar zum B. G. B. Bd. III. 7. u. 8. Aufl. 1912.

Stein, Grundfragen der Zwangsvollstreckung. 1913.

Strohal, Schuldübernahme. (Dogm. J. Bd. 57.)

v. Thur, Der allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. 1910.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. 3. Aufl. 1906.

Windscheid, Lehrbuch der Pandekten. 9. Aufl. von Kipp. 1906.

I. Teil.

Geschichtlicher Überblick über die Entwickelung des Eigentümergrundpfandrechts.

---

§ 1.

Die Eigentümerhypothek im römischen Recht.

Auf die Gestaltung des heutigen Pfandrechts ist sowohl das römische wie auch das deutsche Recht von Einfluß gewesen. Infolgedessen soll einer Darstellung des heutigen Rechts der Eigentümerhypothek eine Übersicht über die Entwicklung dieses Rechtsinstitutes in jenen beiden Rechten vorausgeschickt werden.

Das ältere römische Recht ist völlig beherrscht von dem Grundsatze, daß niemand an seiner eigenen Sache ein Pfandrecht haben könne:

neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest[1]).

Es gehört zum Wesen des Pfandrechts, daß es eine fremde Forderung sichert. Deshalb kann niemand an seiner eigenen Sache für sich ein Pfandrecht begründen.

Non intellegitur, quis suae rei pignus contrahere[2]).

Dieser Satz gilt auch noch im späteren römischen Recht. Vereinigen sich Forderung und Schuld oder Eigentum und Pfandrecht in einer Hand, so gehen Schuld und Pfandrecht infolge confusio bzw. consolidatio unter. Darüber, daß dieser Satz für das spätere Recht nicht mehr ausnahmslos richtig ist, ist man sich heute einig. Streit besteht jedoch in zweierlei Hinsicht, nämlich darüber, ob diese Ausnahmen ein tatsäch-

---

[1]) l. 45 D. de div. regul. iuris antiqui 50, 17.

[2]) l. 33 § 5 Dig. 41, 3.

liches Pfandrecht anerkennen, oder ob sie Wirkungen eines anderen materiellen Rechtes sind. Zweitens gehen die Ansichten bei denen, die ein Pfandrecht an eigener Sache anerkennen, auseinander hinsichtlich des Umfanges, in dem das Eigentümerpfandrecht anerkannt ist.

Die wohl am meisten erörterte von den in Betracht kommenden Quellenstellen ist folgende[1]:

Maevius, der wirkliche Erbe seines Großvaters und der Erbschaftsprätendent Titius vergleichen sich in einem Streite um die Erbschaft des Großvaters des Maevius. Titius gibt Maevius die Erbschaftssachen heraus und überträgt ihm noch das Eigentum an einem anderen Grundstücke. Ein Gläubiger des Titius, dem das Grundstück verpfändet war, nimmt es dem Maevius mit der actio hypothecaria wieder ab. Später findet dieser im Nachlaß seines Großvaters eine Urkunde, aus der hervorgeht, daß dieser ein älteres Pfandrecht an dem Grundstücke hatte. Kann Maevius gegen jenen Gläubiger mit der actio hypothecaria klagen?

Nach Erörterung der hier nicht belangenden Frage, ob gegen eine Pfandklage des Maevius die exceptio rei judicatae gegeben sei, fragt Paulus, ob die Klage aus dem Pfandrechte nicht deshalb ausgeschlossen sei, weil Maevius das Eigentum an dem verpfändeten Grundstücke erworben habe.

Magis me illuc movet, numquid pignoris ius extinctum sit dominio acquisito; neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore: actio tamen pigneraticia competit, verum est enim et pignori datum et satisfactum non esse.

In enger Anlehnung an den Wortlaut wurde die Stelle so gedeutet, oder richtiger gesagt nur übersetzt, daß zwar das Pfandrecht des Maevius erloschen sei, die actio hypothecaria aber solange weiter bestehe, bis solutio oder satisfactio erfolgt sei. So schon die Basiliken und die meisten mittelalterlichen Schriftsteller[2]) sowie neuerdings Hirschfeld[3]), der der Ansicht ist, daß Paulus unzweideutig das Fortbestehen des pignus

---

[1]) l. 30 § 1 Dig. 44, 2.

[2]) Vgl. Bachofen, S. 88.

[3]) S. 1—11.

verneine[1]), andererseits das Weiterbestehen der Klage auch nicht auf ein anderes bekanntes Sachenrecht zurückführen will, sondern nur mit dem eigentümlichen Wortlaut der Klageformel begründet.

Jenen älteren Schriftstellern ist entgegenzuhalten, daß die Klage nichts anderes ist, als ein Mittel, ein materielles Recht geltend zu machen. Dringe ich mit meiner Klage durch, so zeigt sich, daß das Recht noch besteht. Hirschfeld vermeidet zwar den Gedankenfehler der Glossatoren durch Konstruktion eines besonderen durch die Fassung der Klageformel entstandenen relativen Rechts. Doch wird später gezeigt werden, daß eine so künstliche Konstruktion dem Juristen Paulus fern gelegen hat. Denn der Hauptgrund, der Hirschfeld zu seiner Konstruktion geführt hat, die Meinung, daß Paulus das Fortbestehen des pignus leugne, ist unzutreffend.

Ein Hauptvertreter der Meinung, daß ein Pfandrecht an eigener Sache nach römischem Rechte unmöglich sei, ist Dernburg. Er führt die in unserem Falle gegebene actio pigneraticia nicht auf ein Pfandrecht zurück, denn das ist seiner Meinung nach durch confusio erloschen, vielmehr steht ihm dieses Angriffsmittel kraft seines Eigentums zu[2]). Dernburg geht hier von der richtigen Erwägung aus, daß auf ein materielles Recht die Klage unbedingt zurückgeführt werden muß. Da es das Pfandrecht nicht sein kann, bleibt ihm nur das Eigentum übrig. Würde aber in diesem Falle Paulus wirklich gesagt haben tamen pigneraticia competit? Er hätte doch wohl ebenso, wie Dernburg ausführt, gesagt, daß in diesem Falle aus Gründen der Billigkeit, da ein Bedürfnis zum Rechtsschutze des Eigentümers vorliege, die rei vindicatio ausnahmsweise den Pfandgläubigern gegenüber durchgreifen müsse. Er entscheidet aber, daß die actio pigneraticia dem Eigentümer zustehe. Die hat aber als materiellen Rechtsgrund das Pfandrecht.

Andere Schriftsteller[3]) versuchen den Gegensatz in Paulus Worte zu beseitigen, indem sie sagen, neque enim potest

[1]) S. 9.

[2]) Römisches Pfandrecht II, S. 570—571.

[3]) Büchel, Natur des Pfandrechts, S. 92ff; Bachofen, S. 85ff.

pignus perseverare heiße: denn es kann nicht der „Pfandbesitz" bestehen bleiben. Die Stelle sei also so zu verstehen, daß zwar der Pfandbesitz mit dem Eigentum unvereinbar sei, nicht aber das Pfandrecht. Eine Begründung für diese Ansicht fehlt. Sie kann auch nicht gegeben werden. Diese Meinung ist nur erklärlich als ein Versuch, den Widerspruch in Paulus Worten zu beseitigen.

Francke [1]) führt den Untergang des Pfandrechts im Falle, daß der Pfandgläubiger das Eigentum erwirbt, darauf zurück, daß im Eigentumserwerb ein Verzicht auf das Pfandrecht liege. Da hier jedoch dem Maevius das Bestehen seines Pfandrechts unbekannt gewesen sei, so habe er nicht auf sein Pfandrecht verzichten können, und deshalb habe Paulus das Bestehen seines Pfandrechtes bejaht. Dagegen ist zu sagen, daß es wohl vorkommt, daß der Pfandgläubiger beim Erwerb der Pfandsache auf das Pfandrecht verzichtet; aber warum soll ohne weiteres im Eigentumserwerb der Pfandsache ein Verzicht auf das Pfandrecht liegen? Zu einem solchen Verzicht braucht für beide Vertragsschließenden keine Veranlassung vorzuliegen; weder hat der neue Eigentümer ein Interesse daran, da er ja nur seine Rechtsstellung verschlechtert, noch braucht der alte Eigentümer daran interessiert zu sein. Selbstverständlich kann ein Verzicht für ihn von Interesse sein wegen besonderer Vereinbarung mit nachstehenden Pfandgläubigern. Aber eine Möglichkeit kann Franckes Behauptung von der Regelmäßigkeit eines Verzichtes nicht stützen. Sie ist als unbegründet abzulehnen.

Richtiger Ansicht nach ist der Widerspruch zwischen den Worten des Paulus nur ein scheinbarer [2]). Der erste Satz neque enim potest pignus perseverare .... ist nur ein Einwand, der durch den folgenden Satz: tamen actio pigneraticia competit beantwortet wird im Sinne der Bejahung der Eigentümerhypothek unter Berufung auf die Formel des Prätors. Die Stelle wird klar, wenn man liest: neque enim potest pignus iure civili perseverare domino constituto creditore; actio tamen pigneraticia iuri praetorio competit.

---

[1]) Zivilistische Abhandlungen, S. 107 ff.

[2]) Jhering, S. 451, Anm. 74; Buchka, S. 25.

Diese Einschaltung beruht nicht etwa auf durch nichts zu rechtfertigender Willkür, denn in der Tat führt Paulus zuerst einen Rechtssatz des ius civile an, während er dann unter Bezugnahme auf die Formel des Prätors entscheidet. Daß Paulus hier die Klageformel der actio hypothecaria zitiert, dürfte heute wohl niemand mehr bezweifeln. Nach Lenel hat sie folgendermaßen gelautet:

Si paret Am Am et L. Titium convenisse, ut ea reis q. d. a. Ao Ao pignori hypothecaeve esset propter pecuniam debitam eamque rem tunc, cum conveniebat in bonis L. Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satis factum esse, neque per A Am stare, quominus solvatur . . .

Durch die Fassung der Formel, die ursprünglich von jedem Prätor neu gefaßt, später unverändert übernommen wurde, — edictum tralaticium — ist das Recht fortgebildet worden.

Doch kann man nicht aus der Formel allein das später geltende Recht entwickeln[1]) und sagen, das Pfandrecht bleibe so lange bestehen, bis der Gläubiger befriedigt sei, es sei denn, daß er die Nichtbefriedigung verschuldet habe. Diese Meinung würde sich allerdings darauf berufen können, daß das Recht nur eines Zweckes wegen vorhanden ist und deshalb auch bestehen bleiben müßte, bis dieser Zweck erreicht wäre. Aber in dem Prozesse konnten noch andere Gründe geltend gemacht werden, die unzweifelhaft das Klagerecht vernichteten, obwohl die in der Formel angeführten materiellen Klagevoraussetzungen vorhanden waren, wie z. B., daß das Pfandrecht infolge Untergangs der Pfandsache erloschen[2]) sei, ferner der Fall der Klageverjährung und der usucapio libertatis. Auch würde dieser Rechtssatz unvereinbar sein mit einer klaren Entscheidung Julians[3]). Vielmehr läßt gerade diese Entscheidung Julians darauf schließen, daß im allgemeinen jener alte Grundsatz vom Untergange durch consolidatio auch im späteren Rechte noch in Geltung war. Er wurde jedoch durch Ausnahmen unterbrochen. Zur Begründung seiner von diesem Grund-

[1]) So Bachofen, S. 84 ff.; v. d. Hagen, S. 14.

[2]) Buchka, S. 24.

[3]) l. 29 Dig. 13, 7.

saße abweichenden Meinung zitiert hier Paulus die Formel des Prätors, deren Fassung eine abweichende Entscheidung nahelegte. Aus den obigen Ausführungen geht aber hervor, daß, wenn Paulus hier die Pfandklage gibt, er auch ein Pfandrecht an eigener Sache anerkennt, da nur dieses die Grundlage der Pfandklage sein kann.

An einer anderen Stelle erkennt Paulus ebenfalls eine Eigentümerhypothek an[1]):

Debitor sub pignore creditorem heredem instituit eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae, id est testatoris: cum nollet adire ut suspectam coactus iussu praetoris adit et restituit: cum emptorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi iure dominii id possidere respondi: aditione quidem hereditatis confusa obligatio est: videamus autem ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. atquin sive possidet creditor actor idemque heres rem, sive non possidet, videamus de effectu rei. et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pigneraticia, quonian hereditaria est actio, neque fideicommissum quasi minus restituerit, recte petetur: quod evenerit, si nullum pignus intercessisset: possidet enim eam rem quasi creditor. sed et si fideicommissarius rem teneat, et hic Serviana actio tenebit: verum est enim non esse solutam pecuniam quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem. igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit et solutum non repetetur. remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.

Von dem an erster Stelle erörterten Falle unterscheidet sich dieser dadurch, daß hier durch confusio die zu sichernde Forderung untergegangen ist, sowie dadurch, daß keine nachfolgenden Hypothekengläubiger vorhanden sind. Beide stimmen darin überein, daß der Zweck des Pfandrechts, die Befriedigung zu gewährleisten, nicht eingetreten ist. Deshalb sucht Paulus das Pfandrecht aufrechtzuerhalten. Er begnügt sich jedoch nicht damit, sich auf die Formel des Prätors zu beziehen, woraus zu schließen ist, daß auch sie troß ihres Schwei-

[1]) l. 61 pr. Dig. 36, 1.

gens den Grundsatz der Akzessorietät nicht beseitigt hat, vielmehr konstruiert er eine naturalis obligatio, und zwar propter pignus, um das Pfandrecht aufrechterhalten zu können.

Auch eine Kodexstelle[1]) läßt die Frage, ob hier eine Eigentümerhypothek anerkannt sei, auftauchen:

Si vendidit, qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non potest. cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit vel vendiderit, non magis tibi persecutio adempta est, quam si aliis easdem res debitor venumdedisset; sed ita persequens res obligatas audieris, si quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatum debitum est, obtuleris.

Das responsum sagt also, daß der nachfolgende Pfandgläubiger die Pfandklage mit Erfolg erheben könne, wenn seinem Vorgänger die Pfandsache an Zahlungsstatt übereignet oder verkauft (und übereignet) sei, wofern er ihm den Betrag seiner Forderung anbiete. Dabei wird angenommen, daß die Pfandforderung im zweiten Falle durch Aufrechnung mit der Kaufpreisforderung erloschen ist. Gleichwohl soll der Kläger mit seiner Klage nur durchdringen, wenn er dem Eigentümer den Betrag seiner früheren Pfandforderung erstattet.

Es erhebt sich hier die Frage, ob die Pflicht, dem Eigentümerhypothekar zu offerieren, ein Ausfluß eines diesem noch zustehenden Pfandrechts ist, oder ob man sie auf ein anderes Rechtsverhältnis wird zurückführen müssen.

Es soll gleichzeitig noch eine andere Quellenstelle mitbehandelt werden, die vielleicht in der Lage ist, diese Frage zu klären[2]):

Si potiores creditores pecunia tua demissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores, in ius eorum successisti et contra eos, qui infirmiores illis fuerunt iusta defensione te tueri potes[3]).

---

[1]) c. 1 Cod. 8, 18.

[2]) l. 3 Cod. 8, 18.

[3]) Vgl. auch l. 17 Dig. qui pot. 20, 4; l. 3 § 1 Dig. de distr. 20, 5.

Hier sind vorausgehende Pfandgläubiger mit dem Kaufgelde des Käufers der Sachen befriedigt worden. Der Kaiser entscheidet, daß der Käufer in deren Recht sukzediert sei (in ius eorum successisti) und gegen nachfolgende Pfandgläubiger geschützt werde. Diese müssen daher, wollen sie den Pfandbesitz erlangen, ihm gegenüber von ihrem ius offerendi Gebrauch machen. Und gerade dies, quod propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, offerre, wird auch in der ersten Stelle dem nachfolgenden Pfandgläubiger zur Pflicht gemacht.

Es wird von manchen bestritten, daß hier eine Eigentümerhypothek entstanden sei. Vielmehr wird die Pflicht, den Betrag der ersten Forderung anzubieten, auf einen Verwendungsanspruch des neuen Eigentümers[1]) zurückgeführt, da durch die Befriedigung vorhergehender Gläubiger eine Verbesserung der rechtlichen Stellung der Pfandsache herbeigeführt werde, die in erster Linie den nachfolgenden Pfandgläubigern zugute komme.

Gegen diese Ansicht ist zu sagen, daß sie zwar die wirtschaftliche Folge der Befriedigung der vorhergehenden Pfandgläubiger richtig darstellt, aber daß diese keinen zwingenden Schluß auf die rechtliche Regelung ermöglicht. Es hätte so geregelt werden können, aber in Wahrheit ist derselbe Zweck durch Aufrechterhaltung des Pfandrechtes erreicht worden. Dafür spricht meines Erachtens recht klar der Wortlaut besonders der zweiten Stelle, wo von einem in ius succedere die Rede ist. Dernburg glaubt, diese Meinung ablehnen zu müssen, um nicht mit dem Grundsatze von der Akzessorietät brechen zu müssen. Sollte dies wirklich richtig sein? In Übereinstimmung mit der oben behandelten Entscheidung des Paulus[2]) kann man auch hier annehmen, daß aus dieser wirtschaftlich ungerechtfertigten und deshalb vom Rechte nicht zu ignorierenden Bereicherung eine naturalis obligatio des nachfolgenden Pfandgläubigers entsteht, die durch das Pfandrecht des Eigentümers gesichert wird.

---

[1]) Dernburg, Röm. Pfandr. II, S. 520.

[2]) l. 61 pr. Dig. 36, 1.

Was die erste Stelle anlangt, so hat sie von Buchka[1]) eine ganz abweichende Auslegung erfahren. Er nimmt an, daß die Pfandforderung nicht durch compensatio erloschen sei und auch die datio in solutum nicht für die Pfandforderung, sondern für eine nicht erwähnte zweite Forderung erfolgt sei. Kann man wirklich dem Reskribenten eine derartige Nachlässigkeit bei der Angabe des Tatbestandes zutrauen, und liegt es nahe, anzunehmen, daß ein Pfandgläubiger, der die Pfandsache kauft, sich zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, ohne sich die Abrechnung seiner Pfandforderung auszubedingen[2])? Pflegt man sich Pfänder an Zahlungsstatt geben zu lassen für andere Forderungen als die Pfandforderung? Die Auslegung Buchkas hat mit Recht keinen Anklang gefunden. Auch bezüglich der zweiten Stelle vertritt Buchka eine andere Auffassung, indem er den Worten in ius eorum successisti keine entscheidende Bedeutung beimißt, sondern darin „nur einen Hinweis auf das unmittelbare praktische Resultat der Entscheidung des Kaisers sehen" will. Das aber auch nur, um nicht mit den obersten Prinzipien der römischen Pfandrechtstheorie in Widerspruch zu geraten. Ein Ergebnis, das auch meine Ansicht vermeidet. Ich glaube, daß es mehr dem Denken der Römer entspricht und klarer ist, eine Naturalobligation anzunehmen nach dem Vorbilde des Paulus, als mit Hartmann von einer bloß relativen Tilgung der alten Obligation zu sprechen.

Hirschfeld betrachtet die Sukzession des Eigentümers nicht als eine Sukzession in das Pfandrecht, sondern konstruiert ein besonderes Sukzessionsrecht, das, ohne Pfandrecht zu sein, die Position des Eigentümers gegenüber den Nachhypothekaren über den normalen Umfang der Eigentumsbefugnisse hinaus verstärkt. Auch dieses künstliche Gebilde kann nur begründet werden, indem man den klaren Wortlaut der Stelle, die von einer successio in ius prioris creditoris spricht, nicht so versteht, wie er normalerweise zu verstehen ist. Deshalb muß Hirschfelds Ansicht abgelehnt werden.

---

[1]) S. 32ff.

[2]) Hartmann, S. 47.

Ist somit nachgewiesen, daß das römische Recht Fälle des Eigentümerpfandrechts kennt, so muß doch beachtet werden, daß dies ganz vereinzelte Fälle sind, denen kein einheitliches Prinzip zugrunde liegt. In den ersten Fällen, die erörtert wurden, war noch keine Befriedigung des Eigentümerpfandgläubigers erfolgt, in den letzten Stellen war zwar der ursprüngliche Pfandgläubiger befriedigt, jedoch mit dem Gelde des neuen Eigentümers. Jedesmal war es ein Gebot der Billigkeit, dem Eigentümer zu helfen. Das römische Recht hat nicht versagt.

Es bleibt zum Schlusse noch die Frage zu behandeln, ob dem Eigentümerhypothekar das ius vendendi zusteht. Auf die geschichtliche Entwickelung dieses Verkaufsrechts einzugehen, ist hier nicht nötig. Fest steht, daß es in späterer Zeit regelmäßig mit dem Pfandrechte verbunden war. Damit soll nicht gesagt sein, daß es deshalb unbedingt auch mit dem Eigentümerpfandrechte verbunden sein muß. Wenn dringende Gründe sich ergeben für einen Ausschluß des ius vendendi, so wird man diesen Rechnung tragen müssen. Keineswegs aber kann ich der Meinung beitreten[1]), daß ein Schweigen der Quellen darauf schließen lasse, es stehe dem Eigentümerhypothekar nicht zu. Vielmehr legt die allgemeine Verbindung mit dem Pfandrechte die entgegengesetzte Annahme nahe. Für einen Ausschluß des ius vendendi ist jedoch geltend gemacht worden[2]), dieses sei ein Recht auf Aneignung des Grundstückswertes zur Befriedigung einer Forderung. Diesen Wert habe der Eigentümerhypothekar schon kraft seines Eigentums am Grundstück. Folglich brauche er sich ihn nicht mehr anzueignen, ja sogar er könne dies nicht. Diese Ausführungen beruhen jedoch auf einer Verwechselung von Verkaufswert und subjektivem Gebrauchswert[3]). Ist es nicht möglich, daß der Gebrauchswert meiner Sache für mich sehr gering ist, während zum Verkaufe mich meine wirtschaftliche Lage drängt, der Verkaufswert also sehr hoch ist? Ist die Pfand-

---

1) Bruck, S. 13.

2) Buchka, S. 29; Windscheid, § 248, 4.

3) Hirschfeld, S. 10; Hartmann, S. 56.

sache voll belastet, so erreicht der Verkäufer beim Verkaufe als Eigentümer nichts. Sein Pfandrecht wird zum Fremdpfandrecht, die nachstehenden Hypotheken bleiben bestehen. Verkauft er dagegen als Pfandgläubiger, so erlöschen die Pfandrechte. Der Eigentümer hat tatsächlich sein Pfandrecht durch Verwertung genutzt. Dazu muß noch erwogen werden, daß im ersten Falle der Eigentümer nach dem Verkaufe als Fremdpfandgläubiger ohne Frage das ius vendendi hat. Soll er also einen Umweg machen, um zum Ziele zu gelangen? Da eine ausdrückliche Vorschrift fehlt, muß dem Eigentümerhypothekar das ius vendendi zugesprochen werden.

§ 2.

Das Eigentümergrundpfandrecht der deutschen Landesrechte.

Das deutsche Immobiliarpfandrecht hat mit seiner Entwicklung von resolutiv bedingter Eigentumsübertragung über besitzgewährende ältere Satzung zur neueren Satzung mit Eintragung in öffentliche Bücher einen ähnlichen Weg zurückgelegt wie das römische Pfandrecht von fiducia über älteres pignus zu neuem pignus-hypotheca. Dabei ist das deutsche Recht entschieden weiter gekommen durch Trennung von Fahrnis- und Liegenschaftspfandrecht, Anerkennung des Publizitäts- und des Spezialitätsprinzipes[1]).

Im Gegensatz zum römischen Rechte, das die Auffassung vertrat, daß von mehreren Pfandgläubigern jedem die ganze Sache hafte, findet sich in einigen deutschen Rechtsquellen die Auffassung, daß einem jeden Pfandgläubiger nur ein bestimmter Wertteil des Grundstücks verhaftet sei, dem ersten nur der Wertteil, soweit er von seinem Pfandrechte in Anspruch genommen wurde, jedem weiteren der Mehrwert des Grundstücks[2]). Aus diesem Lokusprinzipe ergibt sich, daß ein Nachrücken von hinterstehenden Pfandgläubigern beim Wegfallen der vorhergehenden ausgeschlossen ist, daß der Eigentümer freie Wertteile zurückerhält, über die er wieder verfügen kann.

---

1) Wolff, S. 442—443.

2) Bruck, S. 16.

Auch einer ursprünglichen Begründung des Pfandrechts in eigener Hand stehen grundsätzliche Bedenken nicht entgegen.

Dementsprechend war denn auch im ganzen und großen die Entwicklung in den verschiedenen deutschen Rechten. Sie im einzelnen darzustellen, ist nicht Aufgabe dieser Arbeit. Ich verweise auf die Abhandlung von Bruck[1]).

Man sollte meinen, daß die Rezeption des römischen Rechtes infolge der oben dargelegten Überlegenheit des deutschen Rechtes auf die Entwicklung des Pfandrechts ohne Einfluß gewesen sei. Trotzdem hat in den späteren gemeinrechtlichen Gebieten das schlechtere römische Recht die Oberhand gewonnen, und nur in den Partikularrechten lebte das deutsche Recht, teils vermischt mit dem römischen Rechte, teils in alter Reinheit fort[2]).

Das preußische Allgemeine Landrecht hat das Publizitäts- und das Spezialitätsprinzip des deutschen Rechts sowie die verschiedene Behandlung des Fahrnis- und Liegenschaftspfandes beibehalten, vom römischen Rechte jedoch den Grundsatz der Akzessorietät des Pfandrechts, die Zweckbestimmung, eine Forderung zu sichern, übernommen. Dabei geht es noch über jenes hinaus, indem es, die von jenem zugelassenen Ausnahmen nicht beachtend, stets eine „fremde Sache" fordert.

Das Pfandrecht ist nach ihm ein dingliches Recht „auf die Substanz einer fremden Sache, welches jemandem zur Sicherheit für seine Forderung eingeräumt worden"[3]).

Es läßt mithin für ein Pfandrecht des Eigentümers keinen Raum. Um den öffentlichen Glauben des Hypothekenbuches zu stützen, mußte es eine Ausnahme vom Prinzipe der Akzessorietät und vom Nachrücken der Nachhypothekare machen. Es bestimmte deshalb, daß, wenn keine Löschung der untergegangenen Hypothek erfolgt ist, dem redlichen Dritten gegenüber keine Einwendungen aus dem Untergange der Hypothek hergeleitet werden können[4]) und ihm auch keine nicht ein-

---

[1]) S. 10—72.

[2]) Wolff, S. 444.

[3]) A. L. R. I, Tit. 20, § 1.

[4]) §§ 423, 424 A. L. R. I, Tit. 20.

getragenen Einwendungen entgegengesetzt werden können, selbst wenn diese die Forderung aufheben[1]).

Damit hat es aber seine grundsätzliche Auffassung nicht geändert, sondern noch bestärkt, da die §§ nur Schutzbestimmungen zugunsten eines gutgläubigen Dritten enthalten.

Die Rechtslage wird jedoch ganz anders infolge des Ministerialreskriptes vom 12. August 1802:

„Hypothekenrechte werden nicht durch bloße Vereinigung mit dem Eigentum des verpflichteten Grundstücks in einer Person aufgehoben, so lange nicht eine von dem Antrage des Besitzers abhängende Löschung erfolgt ist, und kann der Besitzer bis dahin ein solches ungelöschtes Hypothekenrecht gültig an einen anderen abtreten[2])".

Ihre Entstehung verdankt diese Neuerung einem Gutachten der Gesetzeskommission vom 10. Juli 1802 über die Frage, „ob Schuldforderungen, welche im Hypothekenbuche eingetragen sind, für erloschen zu erachten, wenn sie durch Erbgangsrecht oder aus einem anderen Rechtsgrunde auf den Inhaber des verpfändeten Grundstücks transferiert werden; oder ob letzterer, seine Qualität als Eigentümer oder Debitor unbeschadet, dergleichen Ansprüche anderweit zedieren dürfe".

Die Entscheidung fiel also in letzterem Sinne, und zwar siegte die rechtspolitische Erwägung, daß den nachrückenden Pfandgläubigern eine nicht zu rechtfertigende Verbesserung ihrer Lage infolge des Aufrückens und des gleichzeitigen Bestehenbleibens eines höheren Zinsfußes erwachse, während andererseits dem Eigentümer die Möglichkeit erschwert, ja vielleicht sogar ganz genommen werde, sich wieder Kredit zu verschaffen, über die entgegenstehenden dogmatischen Bedenken[3]).

Die Deklaration entschied jedoch noch nicht die Frage, ob eine Eigentümerhypothek auch entstehe, wenn die Hypothekenforderung durch den Eigentümer bezahlt sei. In Berück-

---

[1]) Anhangsparagraph 53.

[2]) Anhangsparagraph 52.

[3]) Vgl. Eccius, S. 611; Dernburg und Hinrichs I, S. 25.

sichtigung dessen, daß die oben angeführten Billigkeitsgründe auch hier ihr volles Gewicht behielten, wurde auch diese Frage im Sinne der Eigentümerhypothek gelöst, wobei man durch eine Fiktion den Konflikt mit dem Grundsatze der Akzessorietät zu vermeiden suchte. Die Deklaration vom 3. April 1824 bestimmte infolgedessen, daß die Quittung über Auszahlung der Pfandsumme als Zession der Forderung samt Hypothek ausgelegt werden solle. Der Eigentümer solle alle Rechte eines Zessionars der Hypothek haben..

Zahlreich ist die Literatur, die sich an die Einführung dieser Neuerung knüpft, da das neue Rechtsinstitut sich mit den anerkannten Pfandrechtsgrundsätzen nicht in Einklang bringen ließ. Es ist nicht meine Aufgabe, hier auf sie einzugehen. Es soll nur gesagt werden, daß fast jeder Schriftsteller die Unrichtigkeit der von anderen aufgestellten Theorien nachwies, daß es aber keinem gelang, selber das Problem dogmatisch zu lösen. Infolgedessen kommt Eccius zu der Ansicht, daß eine Lösung der Aufgabe nicht möglich ist. Dem ist beizutreten. Die Durchbrechung alter Pfandrechtsgrundsätze durch Anerkennung der Eigentümerhypothek bleibt bestehen. Doch brauchen diese in ihrer Geltung für das Allgemeine Landrecht keiner Nachprüfung unterzogen zu werden, da die Ausnahmen nur vereinzelte sind.

Beruht, wie oben gezeigt, das Allgemeine Landrecht auf einer Vermischung deutschen und römischen Rechtes, so hat sich das deutsche Recht in Mecklenburg viel reiner erhalten. Auf Grund alter deutscher Rechtsauffassung wurde dort ein Hypothekenrecht geschaffen, das den Grundsatz der Akzessorietät nicht kennt. In der bei Stellung des Eintragungsantrages vorzulegenden Urkunde brauchte auf eine etwa zugrunde liegende persönliche Forderung nicht Bezug genommen zu sein, in das Hypothekenbuch sollte sie keinesfalls aufgenommen werden[1]). Durch die Eintragung im Hypothekenbuche entsteht eine selbständige Belastung des Grundstücks[2]). Die

[1]) Vgl. Buchka, S. 47.

[2]) § 16 d. Revid. Hyp. Ordn. f. L'dgüter vom 18. 10. 1848. § 19 d. Rev. Stadtbuch-Ordn. v. 21. 12. 1877.

Folge davon ist, daß der Eigentümer für sich selbst und auf seinen eigenen Namen Hypotheken eintragen lassen kann[1]), sowie daß durch späteren Übergang der Hypothek infolge Zession der Hypothek oder Befriedigung des Hypothekengläubigers eine Eigentümerhypothek entstehen kann. Dem Eigentümer steht aber kein Anspruch auf Zinsen zu, er kann nicht die Zwangsvollstreckung beantragen, und bei der Versteigerung wird der auf die Eigentümerhypothek entfallende Teil des Erlöses auf die nachstehenden Pfandgläubiger verteilt.

Da sich das mecklenburgische Hypothekenrecht bewährte, mußte es auf die Neugestaltung des preußischen Rechtes von Einfluß sein. So wurde denn auch in das Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke vom 5. Mai 1872 die selbständige Hypothek des mecklenburgischen Rechtes unter dem Namen Grundschuld aufgenommen; freilich nicht allein, sondern neben der Hypothek, in der man ein akzessorisches Pfandrecht beibehielt. Aber auch bei der Hypothek wurde der Grundsatz der Akzessorietät nicht lückenlos durchgeführt, sondern die Entstehung einer Eigentümerhypothek in größerem Umfange anerkannt, als es vorher geschehen war.

Ein Eigentümergrundpfandrcht entstand nach §§ 63 bis 67 E. E. G.:

1. Bei Erwerb des belasteten Grundstücks durch den Gläubiger.
2. Infolge Übergangs des Rechtes des Gläubigers durch Abtretung oder Erbgang.
3. Bei Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer; jedoch nicht, wenn die zu sichernde Hypothekenforderung ungültig war oder auf andere Weise als angegeben erlosch. Vgl. R. G. E. 3 S. 266; 32, S. 308; 44, S. 48.
4. Eine Eigentümergrundschuld konnte von vornherein auf den Namen des Eigentümers eingetragen werden.

Im Gegensatz zum mecklenburgischen Rechte wurde im Eigentums-Erwerbs-Gesetz das Recht des Eigentümers auf Versteigerungserlös anerkannt.

---

[1]) § 16, Z. d. Rev. Hyp.-Ordn. v. 1848.

Auf die sehr bestrittene Frage nach der rechtlichen Natur der Eigentümerhypothek im mecklenburgischen und im neuen preußischen Rechte einzugehen, muß ich mir versagen, da eine Darstellung der verschiedenen Meinungen nicht in den Rahmen eines Überblicks über die geschichtliche Entwicklung des Eigentümergrundpfandrechts passen würde.

II. Teil.

Das Eigentümergrundpfandrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Erster Abschnitt.

§ 3.

Grundzüge der Weiterentwicklung im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Die Zweiteilung der Grundpfandrechte in Hypotheken und Grundschulden hat auch das Bürgerliche Gesetzbuch beibehalten. Denn wenn es auch Grundschuld und Rentenschuld getrennt behandelt, so ist doch die Rentenschuld rechtlich keine von der Grundschuld verschiedene Belastung, sondern eine Unterart von dieser.

Auch im Bürgerlichen Gesetzbuch unterscheiden sich wie im Eigentums-Erwerbs-Gesetz Hypothek und Grundschuld dadurch, daß jene begrifflich von einer zu sichernden Forderung abhängt, während die Grundschuld eine selbständige Belastung bildet. Das ergeben meines Erachtens die §§ 1113, 1911, 1192 mit genügender Klarheit. Gleichwohl ist es bestritten worden. Oberneck und Hachenburg behaupten, dieser Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld sei nur bei der Begründung der Pfandrechte vorhanden. Zur Begründung einer Hypothek sei die zu sichernde Forderung notwendig, später jedoch könnten beide verschiedene Wege gehen, und sei somit die Hypothek von der Grundschuld nicht mehr verschieden.

Diese Meinung ist aus dem Gesetze nicht herzuleiten. Sie wird durch § 1153, 2 widerlegt, der gerade auch für die Zeit nach der Begründung das Gegenteil ausspricht, wenn er bestimmt, daß die Forderung nicht ohne die Hypothek, die Hypo-

thek nicht ohne die Forderung übertragen werden könne. Zudem steht diese Ansicht in Widerspruch zu der geschichtlichen Entwicklung, zu dem preußischen Eigentums-Erwerbs-Gesetz, wie auch zu der jüngsten, der Entstehungsgeschichte des Gesetzes selbst. Wie sollte man auch der Gesetzeskommission zutrauen können, um einer zwecklosen Unterscheidung willen zwei ganz gesonderte Institute geschaffen zu haben[1]). Denn wenn nur der Unterschied in der Begründung läge, wäre sie doch zwecklos.

Das Gesetz hat die „Grundpfandrechte" zwar nicht selbst unter diesem Namen zusammengefaßt, doch hat ihn die Wissenschaft sofort verwandt, weil er tatsächlich berechtigt ist. Ist doch die Verwandtschaft unter den Grundpfandrechten eine solche, daß eine Hypothek in eine Grundschuld und umgekehrt eine Grundschuld in eine Hypothek verwandelt werden kann; im Falle des § 1177 tritt jene Verwandlung sogar kraft Gesetzes ein.

In Anerkennung des Eigentümergrundpfandrechts ist die Entwicklung gegenüber dem preußischen Rechte in erfreulicher Weise fortgeschritten, sodaß dieses Institut heute nicht mehr als Ausnahmeerscheinung hingestellt werden kann. Im Gegenteil, es gibt nur zwei Fälle, in denen nach ausdrücklicher Vorschrift kein Eigentümergrundpfandrecht entsteht.

1. Bei der Gesamthypothek, aber auch da nicht ausnahmslos, da in einigen Fällen die Gesamthypothek den Eigentümern mehrerer belasteter Grundstücke gemeinschaftlich zusteht, in anderen nur dem Eigentümer eines bestimmten Grundstücks.
2. Die Hypothek für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen, sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, erlischt bei Vereinigung mit dem Eigentum in einer Person, aber auch hier nur, wenn nicht einem Dritten ein Recht an dem Anspruch auf eine solche Leistung zusteht. § 1178, 1 B.G.B.

---

[1]) v. Schwind, S. 113.

Zweiter Abschnitt.

Voraussetzungen für die Entstehung eines Eigentümergrundpfandrechts.

I. Die Voraussetzungen beim Einzelpfandrecht.

A. Fälle ursprünglichen Entstehens.

§ 4.

Bestellung einer Eigentümergrundschuld nach § 1196.

Nach § 1196 B.G.B. kann eine Grundschuld auch für den Eigentümer bestellt werden. Für die Hypothek fehlt eine gleiche Bestimmung. Das erklärt sich rechtlich aus der Akzessorietät der Hypothek. Aber auch wirtschaftlich liegt kein Bedürfnis vor, da der Zweck, dem Eigentümer eine bessere Ausnutzung des Realkredites zu ermöglichen, durch die Gelegenheit, eine Eigentümergrundschuld zu bestellen, völlig erreicht wird. Zudem ist dem Eigentümer noch durch § 881 B.G.B. die Möglichkeit gegeben, für eine spätere Hypothek einen Rangvorbehalt eintragen zu lassen, wobei zu beachten ist, daß dieser immer dem Eigentümer zusteht, während die Eigentümergrundschuld bei Eigentumsübergang in der Hand des früheren Eigentümers als Grundschuld zurückbleibt.

Zur Bestellung der Eigentümergrundschuld bedarf es der Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß die Grundschuld für ihn in das Grundbuch eingetragen werden soll und der Eintragung selbst. § 1196.

Zur sonstigen Bestellung eines dinglichen Rechtes ist Einigung als dinglicher Vertrag über die Bestellung erforderlich, ferner die Eintragung, die wieder durch Eintragungsbewilligung der Betroffenen herbeigeführt wird. Entsprechend ist die Regelung hier. An die Stelle des dinglichen Vertrages, der Einigung, tritt, da der Eigentümer das Recht für sich selbst bestellt, die dingliche einseitige Willenserklärung. Wie die Einigung, so ist auch sie eine Verfügung über das Grundstück. Die allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen usw.

finden auf sie Anwendung. Der formelle Eintragungsantrag ist in der Regel in jener materiellen Willenserklärung enthalten. Er muß es jedoch nicht sein. Die Verfügungserklärung ist formlos gültig, während der formelle Eintragungsantrag an die Formvorschrift des § 29 G. O. geknüpft ist, also nicht nur der Schriftform, sondern auch der öffentlichen Beglaubigung bedarf. Erscheint z. B. der Eigentümer persönlich vor dem Grundbuchamte, und erklärt er mündlich, eine Grundschuld in bestimmter Höhe solle für ihn auf einem seiner Grundstücke eingetragen werden, so ist die materielle Voraussetzung für die Entstehung dieser Grundschuld erfüllt. Gleichwohl muß er noch einen öffentlich beglaubigten Eintragungsantrag einreichen, damit die Eintragung erfolgen kann. Doch würde das Fehlen des letzteren die gleichwohl eingetragene Eigentümergrundschuld in ihrem Bestande nicht erschüttern, da die für die Gültigkeit allein maßgebenden Voraussetzungen des § 1196 erfüllt sind.

§ 5.

Die Eigentümergrundschuld bis zur Übergabe des Briefes an den Gläubiger.

Weiterhin entsteht ein Eigentümergrundpfandrecht ursprünglich im Falle des § 1163, 2. Er lautet:

Eine Hypothek, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefes nicht ausgeschlossen ist, steht bis zur Übergabe des Briefes an den Gläubiger dem Eigentümer zu.

§ 1163, 2 bildet die Ergänzung des § 1117, der bestimmt, daß der Gläubiger, sofern nicht die Erteilung des Hypothekenbriefes ausgeschlossen ist, die Hypothek erst erwirbt, wenn ihm der Brief vom Eigentümer des Grundstücks übergeben wird, bzw. ihm nach Vereinbarung vom Grundbuchamte ausgehändigt wird.

Kretzschmar behauptet allerdings, hier entstehe keine Eigentümerhypothek, die dieser ihrer Eigenschaft durch Übergabe des Briefes erst entkleidet werden müßte, sondern es sei mit der Gesetzesvorschrift nur gesagt, daß der Gläubiger, obwohl als solcher dem Grundbuche eingetragen, erst durch die Aushändigung des Briefes eine vollwirksame Stellung

erlange, und daß die Hypothek auch dann bestehen bleibe und zur Eigentümerhypothek werde, wenn sie der Gläubiger nicht erwerbe. „Entstände eine Eigentümerhypothek, so würde dem Eigentümer bis zur Aushändigung des Briefes an den Gläubiger die freie Entschließung darüber zustehen, ob er die Hypothek des Gläubigers zur Entstehung gelangen lassen will oder nicht."

Mit dem Gesetze ist die Ansicht Kretzschmars nicht zu vereinbaren, sie sagt gerade das Gegenteil. Kretzschmar hält es für unbillig, daß der Grundstückseigentümer, trotzdem er z. B. ein Darlehen erhalten und die Hypothek bestellt hat, noch über sie verfügen kann. Doch ist die Rechtsstellung des Gläubigers auch nach dem Gesetz nicht schlecht. Zu einer Verfügung über die Hypothek bedarf der Eigentümer der Mitwirkung dieses Gläubigers, da die Hypothek auf dessen Namen lautet. Infolgedessen kann der Eigentümer ihn nicht hintergehen. Gegen eine Klage des Eigentümers auf Bewilligung der Grundbuchberichtigung kann er einredeweise seinen obligatorischen Anspruch auf Hypothekenbestellung, d. h. hier auf Aushändigung des Hypothekenbriefes, geltend machen. Er kann aber auch aus demselben Rechtsgrunde selber klagen. Somit ist auch von rechtspolitischem Standpunkte aus die Regelung des Gesetzes unbedenklich. Sie ist aber auch zweckmäßig. Denn sie ermöglicht den Parteien, die Hypothekenbestellung und die Auszahlung des Darlehens Zug um Zug zu bewirken. Der Gläubiger erwirbt die Hypothek durch Übergabe des Briefes in demselben Augenblick, in dem er das Geld auszahlt. Infolgedessen kann kein stichhaltiger Grund für Kretzschmars Ansicht beigebracht werden.

Der § 1163 B. G. B. ist sowohl auf die Hypothek als auch auf die Grundschuld anzuwenden. § 1192 B. G. B. Auch im ersten Falle entsteht eine Eigentümergrundschuld, da eine Hypothek mangels einer zu sichernden Forderung nicht entstehen kann. § 1177, 1 B. G. B.

Allerdings führt das Kammergericht[1]) aus, wenngleich § 1171, Abs. 1 Satz 1 B. G. B. die forderungslose Eigentümer

[1]) K. G. J., Bd. 27 A., S. 128ff.

hypothek als Grundschuld bezeichne, so sei doch die Belastung einer Grundschuld nicht völlig gleich. Die Eigentümerhypothek sei nicht mehr Hypothek, aber auch noch nicht Grundschuld. Und zwar stützt sich das Kammergericht auf § 1177, Abs. 1 Satz 2, daß in Ansehung der Verzinslichkeit die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend bleiben.

Allein dem ist entgegenzuhalten, daß der Unterschied, ob der Eigentümer den Nutzwert des Grundstücks nach § 1191 Abs. 2 ohne Forderung oder unter Bezugnahme auf eine Forderung festsetzt, für das Wesen des Eigentümergrundpfandrechts ohne Bedeutung ist[1]). Wenn das Gesetz ausdrücklich ausspricht, daß die Hypothek sich in eine Grundschuld verwandle, so kann man, zumal da das Gesetz in diesem Falle nur die richtige Folgerung aus dem Unterschiede von Hypothek und Grundschuld zieht, nicht auf einen rein äußerlichen und nebensächlichen Grund sich stützend genau das Gegenteil behaupten. Die Auffassung des Kammergerichts bringt auch kein positives zweckmäßiges Ergebnis, sondern sie führt nur zu einer Verwirrung der Begriffe von Hypothek und Grundschuld.

§ 6.

Die Eigentümergrundschuld bei nicht entstandener Forderung.

Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu. § 1163 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.

Hierher ist der Fall zu rechnen, daß eine Hypothek für eine aufschiebend bedingte Forderung bestellt ist. Da steht die Hypothek bis zum Eintritt der Bedingung dem Eigentümer zu. Tritt die Bedingung nicht ein, so ist der Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer ein endgültiger. Doch ist das nicht unbestritten. Dernburg und Horn nehmen an, daß in diesem Falle, ebenso wie das Entstehen der Forderung, so auch das Entstehen der Grundstücksbelastung in der Schwebe sei. Das steht aber im Widerspruch mit dem § 1163. Denn der verlangt nicht,

[1]) Oberneck, S. 47.

daß die Forderung überhaupt nicht mehr zur Entstehung gelangt ist, sondern es genügt, daß sie noch nicht entstanden ist. Das erkennt Horn auch dadurch an, daß er eine Hypothek für eine künftige Forderung von vornherein dem Eigentümer als Grundschuld zuspricht[1]). Aber auch bei der aufschiebend bedingten Forderung steht es fest, daß die Forderung noch nicht sofort entstanden ist. Im Gegensatz zur künftigen Forderung steht bei ihr noch nicht einmal fest, ob sie jemals entstehen wird, während bei jener sogar der Zeitpunkt des Entstehens bestimmt sein kann.

Logisch möglich ist selbstredend die Ansicht von Dernburg und Horn. Aber was logisch möglich ist, ist deshalb noch nicht geltendes Recht. Dieses ist vielmehr im § 1163 niedergelegt, und der sagt etwas anderes. Tritt Horn aber bezüglich der Hypothek für eine künftige Forderung der Meinung bei, daß eine Eigentümergrundschuld entstehe, so ist gegen ihn nicht nur zu sagen, daß seine abweichende Ansicht hinsichtlich der Hypothek für eine aufschiebend bedingte Forderung mit dem Gesetze nicht zu vereinbaren ist, sondern auch, daß seine Meinung nicht folgerichtig ist.

Durch die Ausführungen, daß eine aufschiebend bedingte Forderung eine nicht entstandene Forderung im Sinne des § 1163 ist, wird auch gleichzeitig Beck widerlegt, der die Hypothek für eine bedingte Forderung für den Fall, daß die Bedingung eintritt, von Anfang an dem Gläubiger, für den Fall des Nichteintritts dem Eigentümer zuspricht[2]). Aber auch zweckmäßiger ist die von mir vertretene Ansicht, weil sie von vornherein klare Rechtsverhältnisse schafft, während nach Beck sich erst später herausstellt, wem die Hypothek während der Schwebezeit eigentlich zugestanden hat. Bei der Anfechtung ist allerdings die Regelung eine ähnliche, weil die Anfechtung nach ausdrücklicher Vorschrift rückwirkend vernichtet. Doch darf man diese Regelung nicht für eine im Liegenschaftsrecht ideale und anzustrebende halten.

Zur Ablehnung der hier vertretenen Meinung sind die Gegner in erster Linie dadurch veranlaßt worden, daß sie dem

---

[1]) S. 81.

[2]) S. 46ff.

Eigentümer ein Verfügungs- und Berichtigungsrecht nicht zubilligen wollen. Da dürfte aber die Entscheidung nicht schwer fallen, ob es richtiger ist, einen Berichtigungsanspruch und die Verfügungsmacht auf Grund allgemeiner Rechtssätze zu versagen oder durch Aufstellen von sehr gewagten Theorien zu demselben Ziele zu gelangen. Nicht beigetreten werden kann der Ansicht, daß bei „vorläufigen“ Eigentümerhypotheken oder richtiger Eigentümergrundschulden diese Rechte ausgeschlossen seien[1]). Eine dahingehende Gesetzesvorschrift besteht nicht. Billigkeit allein könnte diese Ansicht nicht genügend begründen.

Der eingetragene Gläubiger muß bei einer Berichtigung des Grundbuchs oder bei einer Verfügung über die Eigentümergrundschuld mitwirken. Es steht ihm jedoch frei, seine Mitwirkung zu verweigern[2]), da dieses Verlangen des Eigentümers mit dem der Hypothekenbestellung zugrunde liegenden Vertrage nicht vereinbar sei. Denn der Vertrag bezweckte, gerade jetzt schon die Eintragung der Hypothek des Gläubigers herbeizuführen. Nur so, wenn der Fremdgläubiger eingetragen bleibt, kann später ohne weiteres die Hypothek für ihn entstehen, während im Falle der Berichtigung mangels vorliegender Entstehungsvoraussetzungen eine Umschreibung auf seinen Namen erfolgen müßte. Dazu bestände aber für den Eigentümer nur eine obligatorische Verpflichtung aus dem Kausalgeschäft, deren Erzwingbarkeit im Falle erfolgter Verfügung noch von dem Belieben eines Dritten abhängen würde.

Der Fall, daß eine Hypothek für eine auflösend bedingte Forderung eingetragen ist, ist später zu behandeln, da er unter „Erlöschen der Forderung“ fällt.

Ist die Forderung angefochten, so wird klar, daß infolge der Rückwirkung der Anfechtung die Hypothek von Anfang an dem Eigentümer zustand. Ist daher die Hypothek in der Zwischenzeit auf einen Dritten übertragen worden, so kommen die Vorschriften über Erwerb vom eingetragenen Nichtberech-

---

1) So R.G.E. 75, S. 250ff.

2) So Wolff, S. 522.

tigten zur Anwendung. Bruck[1]) ist der Ansicht, daß hier die Hypothek bis zum Zeitpunkt der Anfechtung dem Gläubiger, von da ab dem Eigentümer, und zwar demjenigen zustehe, der zur Zeit der Bestellung der Hypothek Eigentümer war, weil die angefochtene Forderung als von Anfang an nichtig anzusehen sei. Bezüglich der letzteren Folgerung, daß die Hypothek dem ursprünglichen Eigentümer zustehe, schließt er richtig. Er beachtet jedoch nicht genügend die Abhängigkeit der Hypothek von der rechtlich als nie entstanden zu betrachtenden Forderung.

In den Fällen des § 1163 Abs. 1 entsteht mangels einer Forderung stets eine Eigentümergrundschuld. Auf die Bestellung einer Fremdgrundschuld findet der Paragraph keine Anwendung, da die Grundschuld eine selbständige Grundstücksbelastung darstellt, § 1163 Abs. 1 jedoch auf der Abhängigkeit von Hypothek und Forderung beruht. § 1192 B.G.B.

§ 7.

Die Eigentümergrundschuld bei fehlender Einigung über das Entstehen eines Fremdpfandrechts.

Es ist bestritten, ob bei fehlender Einigung über die Bestellung einer Fremdhypothek oder Fremdgrundschuld eine Grundschuld für den Eigentümer entsteht. Die vorherrschende Ansicht verneint dies.

Es soll dabei zuerst auf die oben dargestellte Entwicklung des Eigentümergrundpfandrechtes verwiesen werden. Es ist gezeigt worden, wie das preußische Recht im Laufe des vorigen Jahrhunderts schrittweise das Institut der Eigentümerhypothek eingeführt hat, um mit den Bedürfnissen des Verkehrs in Einklang zu gelangen. Diese Fälle sind im B.G.B. noch wesentlich vermehrt worden, sodaß nur noch ausnahmsweise ein Nachrücken der hinterstehenden Pfandgläubiger eintritt. Scheint somit diese Entwicklung, indem sie nach allgemeinerer Einführung des Eigentümergrundpfandrechtes strebt, der Annahme, es entstehe hier eine Eigentümergrundschuld, günstig

[1]) S. 175, 176.

zu sein, so stehen dem angeblich unbedingt entgegen die Beschlüsse der Reichstagskommission[1]). Das sieht die herrschende Meinung als einen wichtigen Grund für ihre Ansicht an; ob mit Recht, soll geprüft werden. Es sei zunächst betont, daß die Beschlüsse der Reichstagskommission nur insofern von Bedeutung sein können, als sie den Abschluß der geschichtlichen Entwicklung von dem B. G. B. bilden, als sie das letzte und deshalb allerdings recht beachtenswerte Glied einer langen Kette sind. Denn diese Beschlüsse entsprechen nicht einmal durchweg dem Willen des Gesetzgebers, geschweige denn dem des Gesetzes. In der zweiten Kommission wurde der Antrag gestellt — er wird, weil die herrschende Meinung auf ihn so großes Gewicht legt, wörtlich angeführt —: „Ist eine unwirksame Hypothek eingetragen, so ist, wenn nach der Eintragung Rechte an dem Grundstücke eingetragen werden, anzunehmen, daß diese Rechte mit dem im § 833c bestimmten Vorbehalte für die Eintragung einer Hypothek von dem Betrage der unwirksamen Hypothek begründet worden sind.“ Es ist zu beachten, daß dieser Antrag ein äußerst weiter war, daß er auch die Fälle umfaßte, wo infolge eines Versehens des Grundbuchbeamten eine Eintragung im Grundbuche erfolgte. Deshalb ist es verständlich, daß die Kommission diesen Antrag als eine „Überspannung des Prinzipes der Eigentümergrundschuld“ ablehnte und mit der Begründung, daß dafür ein Verkehrsbedürfnis nicht vorhanden sei[2]). Die Kommission stand aber nicht auf dem Standpunkte, daß die nachstehenden Gläubiger aufrücken sollten. Sie meinte vielmehr, wenn das Vorliegen einer gültigen Einigung zweifelhaft sei, so könnten die Eigentümer sich bei der Bestellung eines neuen Rechtes durch Ausbedingen eines Rangvorbehaltes sichern. Dabei übersah sie aber, daß häufig die Parteien keine Kenntnis davon haben können, daß keine Einigung zustande gekommen ist oder, daß ein Anlaß zur Anfechtung der Einigung gegeben ist[3]). Sollte aber die Kommission wirklich der Ansicht gewesen sein,

[1]) Oberneck, S. 46.
[2]) Oberneck, S. 46.
[3]) Oberneck, S. 47.

daß für den hier streitigen Fall ein Bedürfnis nicht vorgelegen habe, so hat sie sich geirrt. Es ist, wie selbst die herrschende Meinung fast durchweg anerkennt[1]), ein großes Bedürfnis des Verkehrs vorhanden, daß nachstehende Gläubiger, die sich mit Rücksicht auf ihren schlechteren Rang besondere Vorteile wie höheren Zinsfuß usw. haben zusichern lassen, bei Unwirksamkeit einer vorhergehenden Hypothekenbestellung nicht aufrücken. Denn der Grundstückseigentümer wird dadurch empfindlich geschädigt und die nachstehenden Gläubiger werden wirtschaftlich grundlos bereichert, dagegen nicht rechtlich, weil das Pfandrecht das ganze Grundstück ergreift, so daß ihnen ein unentziehbarer Vermögensvorteil in den Schoß fallen würde.

Spricht also die Entstehungsgeschichte nicht für die herrschende Ansicht, so kann sie sich doch sicherlich auf den Wortlaut des Gesetzes berufen. Das tut sie auch, indem sie ausführt, das allgemeine Prinzip für die Entstehung eines dinglichen Rechtes an einem Grundstücke, also auch der Eigentümerhypothek, ist Einigung und Eintragung. Eine Ausnahme gilt nur da, wo das Gesetz es vorschreibt. § 873 B.G.B. Das ist der Fall bei der Ausnahmebestimmung des § 1188 B.G.B., nämlich bei der Bestellung einer Sicherungshypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, des § 1196 B.G.B. für die Bestellung einer Eigentümergrundschuld. Dazu kommt noch § 1163, der die Fälle der Entstehung einer Eigentümerhypothek erschöpfend aufzählt[2]); folglich sind weitere Entstehungsfälle nicht möglich. Sind diese Ausführungen wirklich zwingend? Entsprechen sie dem Geiste des Gesetzes? Es ist zunächst zu bestreiten, daß § 1163 eine erschöpfende kasuistische Aufzählung enthält. Das Gegenteil ist richtig. Das lehrt § 868 Z.P.O., wo zudem noch gerade für unseren Fall das Gesetz sich auf den Standpunkt der anderen Meinung stellt.

§ 868 Z.P.O. lautet: „Wird durch eine vollstreckbare Entscheidung die zu vollstreckende Entscheidung oder ihre vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben oder die Zwangsvoll-

---

[1]) Biermann, § 1163; Planck, § 1163.

[2]) Biermann, § 1163, I, 6.; Horn, S 75.

streckung für unzulässig erklärt oder deren Einstellung angeordnet, so erwirbt der Eigentümer des Grundstücks die Hypothek.

Das Gleiche gilt, wenn durch eine gerichtliche Entscheidung die einstweilige Einstellung der Vollstreckung und zugleich die Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln angeordnet wird, oder wenn die zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassene Sicherheitsleistung oder Hinterlegung erfolgt."

v. Gierke meint, hieraus Schlüsse zu ziehen für das B. G. B., sei unzulässig; wahrscheinlich, weil § 868 Z. P. O. eine Sondervorschrift für die Arresthypothek darstelle. Meiner Ansicht nach ist § 868 Z. P. O. ein gewichtiges Beweismittel für die Meinung, daß das Gesetz nicht auf dem Standpunkt steht, daß unbedingt eine gültige Hypothekenbestellung vorliegen muß[1]). Aber auch nach dem B. G. B. selbst läßt sich diese Ansicht begründen. § 1196 Abs. 2 bestimmt, daß zur Bestellung einer Eigentümergrundschuld der gültige Eintragungsantrag genügt. Da aber die forderungsentkleidete Eigentümerhypothek in Wirklichkeit eine Grundschuld ist, mit der Hypothek nur noch den Namen gemeinsam hat, braucht sie auch für ihre Entstehung nur den Erfordernissen einer Eigentümergrundschuld zu genügen. Das ist auch sehr verständlich, denn es ist nicht einzusehen, weshalb der Eigentümer für die Entstehung eines eigenen Rechtes am eigenen Grundstück die Zustimmung eines Fremden nötig haben soll, der weder ein Recht am Grundstück hat, noch ein solches erwirbt[2]). Unter Verwertung des Gedankens, daß die forderungslose Eigentümerhypothek eine Eigentümergrundschuld ist, hat man versucht, gestützt auf die Protokolle in jeder Eintragungsbewilligung einer Fremdhypothek zugleich den stillschweigenden Eintragungsantrag einer Eigentümergrundschuld zu erblicken[3]) oder, wie Fuchs es formuliert hat, die Eintragungsbewilligung mit Hilfe des § 140 B. G. B. in einen Eintragungsantrag zu konvertieren. Allein diesen Versuch wird man wohl als wenig gelungen bezeichnen müssen, denn es ist keine Konversion mehr, wenn

[1]) So Kindel, S. 103.
[2]) Wolff, S. 520.
[3]) Schilde, S. 31.

man den Antrag auf Eintragung eines Rechtes für einen anderen als Antrag auf Eintragung eines anderen eigenen Rechtes aufrecht erhalten will[1]). Richtig ist aber der Gedanke, daß die forderungslose Eigentümerhypothek als Eigentümergrundschuld zum Entstehen nur den Erfordernissen einer Eigentümergrundschuld zu genügen braucht. Verbindet man dieses Ergebnis mit der aus § 1163 gewonnenen Erkenntnis dort entsteht ja eine Eigentümergrundschuld ebenfalls, ohne daß der Antrag auf Eintragung einer Grundschuld für den Eigentümer lautete daß die im § 1196 Abs. 2 enthaltenen Worte „für ihn“ kein wesentliches Erfordernis für das Entstehen des Rechtes ist, so wird man dazu kommen, das Vorhandensein einer Eigentümergrundschuld zu bejahen, falls nur eine gültige Eintragungsbewilligung vorliegt[2]).

Dieses Ergebnis entspricht dem Geist des Gesetzes. Es wäre durchaus folgewidrig, würde man in dem Falle, wo die Forderung ungültig ist, eine Eigentümergrundschuld entstehen lassen, dagegen, wenn die Ungültigkeit die Einigung ergreift, die nachstehenden Gläubiger aufrücken lassen. Zu einer so verschiedenartigen Behandlung der beiden Fälle liegt kein rechtfertigender Grund vor, wie auch von der herrschenden Meinung offen zugegeben wird[3]).

Für die hier vertretene Ansicht sprechen ferner wichtige praktische Gründe, z. B. dürfte es schwierig sein, den Zeitpunkt zu fixieren, in welchem die nachstehenden Gläubiger aufrücken sollen, da ja nach § 879 Abs. 2 B. G. B. die Einigung auch nach der Eintragung erfolgen kann, und eine zeitliche Grenze für die Vornahme dieser Einigung nicht gesetzt ist[4]). Es wurde weiterhin schon oben betont, daß es ein dringendes Verkehrsbedürfnis ist, daß die nachstehenden Hypothekengläubiger nicht aufrücken können. Alle die Billigkeitsgründe, die für die Einführung des Eigentümergrundpfandrechtes bestimmend gewesen sind, fallen hier gleich schwer ins Gewicht. Das wird

---

[1]) K. G. J., Bd. 27 A., S. 128 ff.

[2]) Wolff, S. 521.

[3]) Biermann, § 1163; v. Staudinger, § 1163.

[4]) Bruck, S. 168; Fuchs, S. 521.

auch von den Gegnern fast allgemein anerkannt. De lege ferenda halten sie die hier vertretene Ansicht für die allein zweckmäßige. De lege lata glauben sie, am Wortlaute des Gesetzes haftend, ihr nicht beitreten zu können. Hirschfeld[1]) bestreitet, daß es nötig sei, dem Eigentümer zu helfen, wenn er sagt, daß „der Eigentümer, welcher für einen anderen eine Hypothek eintragen läßt, die aus irgendeinem Grunde nicht zustande kommt, regelmäßig bei Kenntnis der Richtigkeit auf diese Belastung seines Grundstücks lieber ganz verzichten würde, als eine Hypothek für sich zu bestellen". Damit stellt Hirschfeld eine Behauptung auf, für die er den Beweis schuldig bleibt. Seine Behauptung erscheint recht unglaubwürdig, da der Eigentümer sich durch seine Handlungsweise selbst nur schädigen würde. Man pflegt aber doch das Vorteilhafte zu tun. Ich könnte mir nur unter der Voraussetzung einen Verzicht des Eigentümers als vernünftig und deshalb wahrscheinlich denken, daß der interessierte spätere Hypothekengläubiger entsprechende Gegenleistung wie Zinsermäßigung verspricht. Vereinzelt ist aber dieser Ansicht sogar Unbilligkeit vorgeworfen worden. v. Gierke[2]) meint — auch das Reichsgericht hat gelegentlich darauf hingewiesen[3]) — wenn man diese Ansicht vertrete, so gebe man dem Grundstückseigentümer ein wirksames Mittel in die Hand, seine Vermögensverhältnisse durch Eintragung auf den Namen eines fingierten Gläubigers zu verschleiern. Dagegen ist zu sagen, daß man mit vielen Rechtsinstituten unlautere Absichten verwirklichen kann. Geht es doch auch nach der Gegenmeinung, daß dieser Eigentümer sich eine Eigentümergrundschuld eintragen und diese dann auf den Namen eines andern umschreiben läßt[4]). Auf diese Weise würde er dasselbe Ziel auf einem unbedeutenden Umwege erreichen. Wenn v. Gierke weiter einwendet, es sei doch möglich, daß ein Hypothekengläubiger sich eine Hypothek eintragen lasse, weil er wisse, daß die voreingetragene nichtig sei, so übersieht er dabei, daß die Hypothek auch nachträglich

---

[1]) S. 136.

[2]) Bd. II, S. 926.

[3]) R.G.E., Bd. 70, S. 353.

[4]) Wolff, S. 521.

noch durch Einigung vollwirksam werden kann, daß sie ohnedies auf einen gutgläubigen Dritten übertragen werden kann, daß der Hypothekengläubiger, wenn er sicher gehen will, folglich die Löschung der vorhergehenden Hypothek bewirken muß[1]).

Auch Hirschfeld hält aus Zweckmäßigkeitsgründen eine Anerkennung des Eigentümergrundpfandrechts nicht für wünschenswert. Er sagt[2]): „Wollte man mit Dernburg, Kindel und Oberneck die äußerlich korrekte Eintragung einer Fremdhypothek oder -grundschuld schlechthin zur Basis einer Eigentümergrundschuld nehmen, so würde der Grundbuchrichter, der versehentlich eine Hypothek eintrüge, damit ohne Zutun der Beteiligten, insbesondere ohne den Willen des Eigentümers, diesem eine Grundschuld schaffen". Dieser Einwand ist berechtigt, kann sich aber gegen meine Ansicht nicht richten. Denn meines Erachtens ist zu fordern, daß die zur Entstehung einer Eigentümergrundschuld erforderliche Eintragungsbewilligung vorliegt. Für die weitergehende Ansicht, die nur die Eintragung im Grundbuch fordert, bietet das Gesetz keine Grundlage.

§ 8.

Entsteht ein Eigentümergrundpfandrecht bei bedingtem Fremdpfandrecht oder bei einer Vormerkung?

Es ist bestritten, ob ein Eigentümergrundpfandrecht entsteht im Falle einer bedingten Hypothek oder Grundschuld, nachdem die Bedingung ausgefallen, bzw. bei der auflösenden Bedingung eingetreten ist[3]). Bedingt ist hier die Belastung des Grundstückes selbst, nicht die der Belastung zugrunde liegende Forderung. Eine besondere Bestimmung über die aufgeworfene Frage hat das Gesetz nicht getroffen. Steht man auf dem Standpunkt der Wertteilstheorie, so wird man auch hier das Entstehen einer Eigentümergrundschuld annehmen müssen. Doch kann dieser Theorie, wie später dargelegt werden

---

[1]) Dernburg, § 221, S. 730; Wolff, S. 521.

[2]) Hirschfeld, S. 134.

[3]) Dafür: Kindel, S. 104ff; Bruck, S. 173, Anm. 43. Dagegen: R.G.Jur.W. 1902, Beil. S. 222.

wird, für unser heutiges Recht nicht beigetreten werden. Würden jedoch alle die Gründe, die für die Anerkennung einer Eigentümergrundschuld sprechen, auch hier zutreffen, so würde man trotzdem bemüht sein müssen, der Eigentümergrundschuld auch in diesem Falle Geltung zu verschaffen. Gerade das ist aber nicht der Fall. Dort war es dem Eigentümer durchaus nicht immer möglich, sich durch Ausbedingen eines Rangvorbehaltes zu sichern, weil die Parteien keine Kenntnis von der Ungültigkeit oder der Anfechtbarkeit der Einigung zu haben brauchen. Hier dagegen fällt dieser Grund weg, da der Eigentümer, der eine bedingte Hypothek bestellt, doch stets den Eintritt der Bedingung für ungewiß ansehen muß. Es genügt daher, daß er sich durch einen Rangvorbehalt gegen das Nachrücken folgender Pfandgläubiger sichern kann.

Auf Grund der Wertteilstheorie wird auch die Ansicht vertreten, daß eine vorgemerkte Hypothek fähig sei, zum Eigentümerpfandrecht zu werden[1]). Die Vormerkung auf Einräumung einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld reserviere dem Berechtigten eine ganz bestimmte Stelle. Komme die Belastung nicht zustande, so werde die Vormerkung nur für den Gläubiger beseitigt. Übrig bleibe unter der Form der Vormerkung die buchmäßige Aussonderung eines ideellen Wertteils des Grundstücks, über das der Eigentümer nach Gutdünken verfügen könne. Da nach heutigem Rechte der Wertteilstheorie nicht beigetreten werden kann, sind diese Ausführungen abzulehnen. Bei der weiteren Behandlung dieser Frage ist es nicht nötig, auf die große Streitfrage nach dem Wesen der Vormerkung einzugehen[2]). Denn fast allgemein wird die vorgemerkte Hypothek nicht als ein Pfandrecht angesehen. Wenn Fuchs und Jäger[3]) sie abweichend als bedingte Hypothek ansehen, so kann das außer Betracht bleiben, da für diesen Fall schon das Entstehen einer Eigentümerhypothek abgelehnt wurde. Ist aber die vorgemerkte Hypothek keine Hypothek oder Grundschuld, so ist auch die Eintragungs-

---

1) Bruck, S. 170ff.
2) Vgl. darüber Planck zu § 883; Wolff, S. 141, 142.
3) Fuchs, S. 110ff.; Jäger, S. 194f.

bewilligung des Eigentümers keine Eintragungsbewilligung eines Pfandrechts gewesen. Ohne eine solche Erklärung kann aber kein Pfandrecht, auch kein Eigentümerpfandrecht entstehen.

B. Die aus einem Fremdpfandrechte entstehende Grundschuld.

§ 9.

Entstehung infolge Erlöschens der Forderung.

In einer Anzahl von Fällen entsteht ein Eigentümerpfandrecht aus einem Fremdpfandrecht, wobei in manchen Fällen Forderung und Fremdpfandrecht auf den Eigentümer übergehen, während in den anderen das Pfandrecht sich von der Forderung löst und Eigentümergrundschuld wird.

Erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek. § 1163 Abs. 1 Satz 2. Diese Vorschrift gilt, weil auf der Abhängigkeit der Hypothek beruhend, nicht für die Grundschuld. § 1192. Dabei darf hier jedoch nicht übersehen werden, daß der Eigentümer sehr wohl einen obligatorischen Anspruch auf Verzicht oder Übertragung der Grundschuld nach §§ 1169 oder 812 ff. B.G.B. haben kann. Das Erlöschen der Forderung hat bei der Grundschuld nur keine dingliche Wirkung[1]). Aus welchem Grunde die Forderung erlischt, ist bedeutungslos. Deshalb gehört auch hierher der Fall der auflösend bedingten Forderung, wenn die Bedingung eintritt. Der Grundsatz des § 1163 Abs. 1 Satz 2 gilt jedoch nicht ausnahmslos. Die Billigkeit fordert verschiedene Ausnahmen, die auch vom Gesetze ausdrücklich festgesetzt sind.

Hierher gehört § 1164. Befriedigt der vom Eigentümer verschiedene persönliche Schuldner den Gläubiger, so geht die Hypothek insoweit auf ihn über, als er von dem Eigentümer Ersatz verlangen kann. Bei Befriedigung des Hypothekengläubigers in voller Höhe seiner Forderung geht somit auch die ganze Hypothek auf ihn über. Sie verbindet sich kraft gesetzlicher Zession mit der Ersatzforderung des Befriedigenden[2]).

---

[1]) A. M. Kindel, S. 108.

[2]) So auch die H. M.

Manche nehmen an, daß der Schuldner die Hypothek ohne Forderung erwerbe[1]), andere, daß die ursprüngliche Forderung nach Analogie des § 426 B. G. B. auf den Schuldner übergehe[2]). Wäre letzteres richtig, so würde § 1164 Abs. 1 natürlich keine Ausnahme des Satzes sein, daß die Hypothek bei Erlöschen der Forderung vom Eigentümer erworben wird.

Gegen die erste Ansicht ist zu sagen, daß es für diesen Fall an einer Vorschrift fehlt, wie sie § 1177 für die Eigentümerhypothek trifft. Gegen die andere Meinung spricht, daß ein Analogieschluß aus § 426 dann am Platze wäre, wenn das Gesetz hier tatsächlich eine Lücke gelassen hätte. Das ist jedoch nicht der Fall. Es ist doch das Nächstliegende, wenn das Gesetz bestimmt, daß die Hypothek in Höhe der Ersatzforderung übergeht, anzunehmen, daß sie sich mit dieser Ersatzforderung verbindet. Denn die soll durch die Hypothek gesichert werden. Wenn Fuchs[3]) geltend macht, eine gesetzliche Substitution der Forderungen kenne das B. G. B. nicht, so ist das eine Behauptung, für die er den Beweis schuldig bleibt. § 1180 spricht nicht gegen, sondern für die hier vertretene Ansicht. Daß von der Gesetzeskommission[4]) auf die Analogie zur Gesamtschuld hingewiesen wurde, hat für die Konstruktion nur geringe Bedeutung. Denn die Kommission wollte sich einer juristischen Konstruktion enthalten und hat nur die Ansicht abgelehnt, daß eine Grundschuld entstehe.

Der Befriedigung durch den ersatzberechtigten Schuldner ist der Fall gleichgestellt, daß sich in seiner Hand Forderung und Schuld vereinigen. § 1164 Abs. 2.

Uneigentliche Ausnahmen bilden ferner noch zwei Fälle. Sie sind Ausnahmen, insofern als hier trotz Befriedigung des Gläubigers kein Eigentümerpfandrecht entsteht. Ausnahmen sind es dagegen insofern nicht, als die Forderung des Gläubigers nicht erlischt, sondern auf den Befriedigenden übergeht. Die Befriedigung wird hier nicht von dem persönlichen Schuldner

---

[1]) Turnau-Förster I, S. 753; Kretzschmar, S. 329.

[2]) Fuchs, S. 531; Predari, S. 240.

[3]) a. a. O.

[4]) P. III., S. 727 ff.

selbst vorgenommen, sondern von Personen, die gleichwohl ein berechtigtes Interesse an der Befriedigung des Gläubigers haben.

a) Befriedigt der Bürge des persönlichen Schuldners — einerlei, ob dieser mit dem Eigentümer identisch ist oder nicht — den Gläubiger, so geht dessen Forderung auf ihn über. Gleichzeitig erwirbt der Bürge auch die Hypothek. § 1143.

b) Der Gläubiger betreibt die Zwangsvollstreckung in das Grundstück. Der nachfolgende Hypothekengläubiger macht von seinem durch § 268 B. G. B. verliehenen Befriedigungsrechte Gebrauch. Soweit er den Gläubiger befriedigt, gehen Forderung und Hypothek auf ihn über. §§ 268 Abs. 3, 1150.

Nicht anwendbar sind beide Fälle auf die Grundschuld. Der Mitübergang der Hypothek ist eine Folge ihrer Akzessorietät. Deshalb ist der Anspruch des neuen Gläubigers bei der Grundschuld ohne pfandrechtlichen Schutz. Die Grundschuld wird hier stets zur Eigentümergrundschuld.

§ 10.

Entstehung infolge Verzichts.

Der Eigentümer erwirbt das Pfandrecht, sowohl eine Hypothek als auch eine Grundschuld, wenn der Gläubiger darauf verzichtet. Verzichtet er nur auf das Pfandrecht, so bleibt seine Forderung bestehen, aber ohne die Pfandsicherung. Leistet er auch auf die Forderung Verzicht, so erlischt sie. In beiden Fällen erwirbt der Eigentümer eine Grundschuld, im letzten, falls es sich um eine Hypothek handelt, schon nach § 1163. Da dieser Verzicht auf das Pfandrecht eine Verfügung über dieses Recht darstellt, bedarf er der im § 1168 Abs. 2 bestimmten Form. Außer der materiellen, abstrakten Willenserklärung ist noch die Eintragung im Grundbuch erforderlich. Ist das Pfandrecht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist auch dessen Zustimmung zum Verzichte notwendig.

Steht dem Eigentümer eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung der Hypothek oder der Grundschuld dauernd

ausgeschlossen ist, so kann er verlangen, daß der Gläubiger auf die Hypothek oder Grundschuld verzichtet. §§ 1169, 1192 B.G.B. Man hat mit Recht hier dem Eigentümer einen Anspruch auf den Verzicht gegeben. Denn praktisch ist das Hypothekenrecht durch Ausschluß seiner Geltendmachung schon vernichtet. Es würde nur dem Eigentümer die Ausnutzung seines Realkredites unmöglich machen. Dem Gläubiger schadet die Bestimmung wirtschaftlich nicht, dem Eigentümer schafft sie großen Nutzen.

§ 11.

Entstehung infolge Ausschlusses des Gläubigers.

Eine Eigentümergrundschuld entsteht weiterhin, wenn der Gläubiger mit seinem Pfandrechte, Hypothek oder Grundschuld, ausgeschlossen ist. §§ 1170 Abs. 2, 1171 Abs. 2, 1192. Die Voraussetzungen für dessen Ausschluß sind im § 1170 Abs. 1 und im § 1171 Abs. 1 Satz 1 aufgestellt. § 1170 Abs. 1 lautet:

„Ist der Gläubiger unbekannt, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden, wenn seit der letzten sich auf die Hypothek beziehenden Eintragung im Grundbuch 10 Jahre verstrichen sind und das Recht des Gläubigers nicht innerhalb dieser Frist von dem Eigentümer in einer nach § 208 zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Weise anerkannt worden ist. Besteht für die Forderung eine nach dem Kalender bestimmte Zahlungszeit, so beginnt die Frist nicht vor dem Ablauf des Zahlungstages.“

Nach § 1171 Abs. 1 Satz 1 kann der unbekannte Gläubiger auch dann ausgeschlossen werden, wenn der Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers oder zur Kündigung berechtigt ist und den Betrag der Forderung für den Gläubiger unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegt.

Beide Fälle des Ausschlußurteils lassen sich jedoch nicht auf einen einheitlichen Grundgedanken zurückführen. Verschiedene rechtspolitische Erwägungen liegen ihnen zugrunde. Im ersten Falle wendet sich das Recht gegen den eingetragenen Gläubiger, von dem wahrscheinlich ist, daß sein Recht nicht mehr besteht, oder daß er überhaupt zu Unrecht eingetragen war,

weil er jahrelang sein Recht nicht geltend gemacht hat. Die rechtliche Begründung des Ausschlusses ist jedoch nicht die Wahrscheinlichkeit des Nichtbestehens des Pfandrechts, sondern die Verschweigung des eingetragenen Gläubigers. Im zweiten Falle kommt das Gesetz dem Eigentümer zu Hilfe, dem infolge der Unkenntnis über die Person des Gläubigers nicht die Möglichkeit genommen sein soll, durch Zahlung der Forderung sich von dem Pfandrecht zu befreien und es für sich zu erwerben. Dieser Erwerb der Eigentümergrundschuld erfolgt beim Ausschluß nach § 1170 stets mit Erlassung des Ausschlußurteils, im Falle des § 1171 nur dann, wenn nicht nach den Vorschriften über die Hinterlegung die Befriedigung schon vorher eingetreten ist.

§ 12.

Entstehung infolge von Schuldübernahme ohne Einwilligung.

Im Falle der Schuldübernahme erlöschen im allgemeinen die Sicherungen der Forderungen, weil die Zahlungsfähigkeit des neuen Schuldners weit geringer und dadurch die Lage des Bürgen oder des Pfandschuldners verschlechtert sein kann. Hat dieser jedoch in die Schuldübernahme eingewilligt, so fällt dieser Grund weg. § 418 Abs. 1 B. G. B. bestimmt daher, daß die Schuldübernahme ohne Einwilligung des Eigentümers des mit der Hypothek für die übernommene Schuld belasteten Grundstücks dieselbe Wirkung haben solle wie ein Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek.

Auf die Grundschuld findet diese Vorschrift keine Anwendung, da sie vom Gesetze nicht als Akzessorium der Forderung, sondern als selbständige Belastung des Grundstücks behandelt wird. Tatsächlich wird aber die Grundschuld, wo ihr eine persönliche Forderung zugrunde liegt — und das ist meistens der Fall — zur Sicherung dieser Forderung begründet. Wird nun die Schuld von einem andern übernommen, so ist die wirtschaftliche Schädigung des Eigentümers genau so möglich, wie bei der Hypothek. Deshalb wird man in analoger Anwendung des § 418 dem Eigentümer einen obligatorischen Anspruch gegen den Gläubiger auf Verzicht auf die Grundschuld geben müssen.

§ 13.

Entstehung einer Eigentümerhypothek.

Im § 889 B. G. B. ist ausgesprochen, daß ein Recht an einem fremden Grundstück nicht dadurch erlischt, daß der Eigentümer des Grundstücks das dingliche Recht erwirbt. Das begründet für unser Grundpfandrecht allgemein die Möglichkeit des Eigentümergrundpfandrechts. Dagegen besteht in der Regel nach wie vor die Konfusionswirkung bei Vereinigung von Gläubiger- und Schuldnereigenschaft in einer Person. Soll infolgedessen das Pfandrecht mit der Forderung zusammen übergehen, so darf eine Konfusionsmöglichkeit nicht gegeben sein.

Das ist zunächst der Fall, wenn der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner ist. Vereinigt sich dann z. B. infolge Eigentumsübertragung des belasteten Grundstücks auf den Gläubiger oder umgekehrt infolge Abtretung der Hypothekenforderung und der Hypothek an den Eigentümer diese mit dem Eigentum in einer Hand, so entsteht eine Eigentümerhypothek, keine Eigentümergrundschuld.

Der gleiche Erfolg tritt ein, wenn ausnahmsweise trotz Konfusion von Forderung und Schuld in der Hand des Eigentümers gleichwohl die Konfusionswirkung kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift nicht eintritt. Drei derartige Bestimmungen sind im Erbrecht enthalten:

1. Für den Fall der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses, § 1976;
2. wenn Nacherbschaft besteht, § 2143;
3. wenn eine Forderung einem Dritten vermacht ist, § 2175.

Die Konfusionswirkung tritt ferner nicht ein, wenn ein Inhaber- oder Orderpapier in die Hand des Ausstellers oder des Akzeptanten zurückkommt. Die Forderung kann hier infolge der Verbriefung nicht allen Regeln des Schuldrechts unterworfen werden, sie hat gleichsam eine Verdinglichung erfahren. Daraus ergibt sich, daß eine dafür bestellte Sicherungshypothek bei Zusammentreffen von Forderung und Schuld in einer Hand zur Eigentümerhypothek, nicht zur Eigentümergrundschuld wird.

§ 14.

Das Eigentümergrundpfandrecht bei der Höchstbetrags-hypothek.

Besonders dargestellt werden soll die bei einer Höchstbetragshypothek entstehende Eigentümergrundschuld. Sie hätte zusammen mit der Eigentümergrundschuld, die bei Hypothekenbestellung für eine aufschiebend bedingte oder eine künftige Forderung entsteht, einen systematisch richtigeren Platz gehabt. Doch veranlaßt mich der Umfang dieses Abschnittes, ihm ein besonderes Kapitel zu widmen.

Die Höchstbetragshypothek ist eine Sicherungshypothek, bei der nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt, im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird. § 1190 Abs. 1. Sie dient in der Regel zur Sicherung der einem Gläubiger aus einem längere Zeit bestehenden Schuldverhältnis, einem sogenannten Dauerschuldverhältnis entstandenen oder noch entstehenden Forderungen. Es kann dabei von den Parteien beabsichtigt sein — und das ist sogar zu vermuten, wenn sie in Kontokorrentverkehr miteinander stehen —, daß die Hypothek nur zur Sicherung der sich bei der Abrechnung ergebenden Schlußforderung dienen soll. Es kann aber auch Absicht der Parteien sein, daß alle aus dem Rechtsverhältnis entstehenden Forderungen gleich bei ihrem Entstehen hypothekarisch gesichert sein sollen, allerdings zusammen nur bis zu einem eingetragenen Höchstbetrage. Beide Möglichkeiten sind durch das Gesetz zugelassen. Nicht etwa nur die erste, wie Beck[1]) annimmt:

„Da im voraus die Höhe der Forderung nicht bestimmt werden kann, die nachfolgenden Realberechtigten aber wissen müssen, welche Rechte ihnen vorgehen, so fordert man lediglich die Angabe eines Höchstbetrages. Aus dieser Fassung des § 1190 kann daher nur gefolgert werden, daß alle Eintragungen bis auf die eine als überflüssig weggelassen werden sollen; damit werden aber die jeweiligen Rechtslagen, die durch die Eintragungen zum Ausdruck zu kommen hätten, selbst für

---

[1]) S. 41.

unmaßgeblich, für maßgeblich dagegen lediglich die Rechtslage am Schlusse des Rechtsverhältnisses erklärt."

Unrichtig ist an diesen Ausführungen der Gegensatz, der zwischen den jeweiligen Rechtslagen und der Rechtslage am Schlusse des Rechtsverhältnisses konstruiert wird. Denn die jeweilige Rechtslage ist stets geeignet, Rechtslage am Schlusse des Rechtsverhältnisses zu sein, oder umgekehrt diese letzte Rechtslage brauchte nicht unbedingt die letzte zu sein. Daß sie das ist, ist zufällig und hat seinen Grund nicht in einer den früheren Rechtslagen mangelnden besonderen Rechtseigenschaft, sondern beruht auf dem Rechtsverhältnisse. Dieses kann aber jederzeit zum Erlöschen gebracht werden, wenn nicht besondere Vorschriften das Erlöschen an bestimmte Voraussetzungen knüpfen, wie Kündigung u. dgl. Es ist nicht richtig, daß Beck die jeweilige Rechtslage für unmaßgeblich erklärt, weil sie nicht eingetragen wird. Die Eintragung unterbleibt eben nur deswegen, weil die wechselnde Höhe der Forderung eine zu häufige Berichtigung des Grundbuches erforderlich machen würde und ein Bedürfnis dafür nicht vorliegt, da unbestrittenermaßen das Grundstück bis zum Höchstbetrage belastet ist, nachstehende Gläubiger somit eine klare Rechtslage vor sich sehen, soweit es für sie von Interesse ist.

Daß durch die Höchstbetragshypothek eine vollständige Belastung des Grundstücks in der Höhe des Höchstbetrages erfolgt ist, wird, wie schon gesagt, nicht bezweifelt. Sehr bestritten ist aber, wem die Hypothek zusteht, solange die Forderung noch nicht in Höhe des Höchstbetrages entstanden ist oder, wenn sie zwar in dieser Höhe entstanden, aber nachträglich wieder teilweise erloschen ist.

Nun steht fest, daß die Höchstbetragshypothek eine Sicherungshypothek ist, ebenso, daß bei dieser Art die Akzessorietät besonders stark ist, so daß auch ein gutgläubiger Erwerb nicht möglich ist.

§ 1163 Abs. 1 bestimmt: „Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht sie dem Eigentümer zu. Erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek." Deshalb sollte man meinen, es sei klar, daß, soweit eine zu sichernde Forderung des Gläubi-

gers nicht entsteht, die Hypothek dem Eigentümer als Grundschuld zusteht, ebenso, wenn die Forderung ganz oder teilweise erlischt. Es wäre jedoch dabei anzunehmen, daß bei wiederholter Veränderung der Forderung sich auch stets die Hypothek des Gläubigers ebenso wie entsprechend die Eigentümergrundschuld des Eigentümers verändert, aber mit der Einschränkung, daß bei stets wachsender Forderung die Hypothek nur bis zum Höchstbetrage wachsen kann. Nicht annehmbar ist diese letztere Folgerung selbstredend für Beck, der die Hypothek stets als nur für die letzte oder richtiger die Schlußforderung bestellt betrachtet. Befremden kann bei obiger Ansicht nicht, daß die Belastung in Höhe der Forderung Hypothek, im übrigen Grundschuld ist, ebensowenig, daß sich beide automatisch und korrespondierend verändern. Letzteres ergibt sich aus der nahen Verwandtschaft von Hypothek und Grundschuld, ersteres aus ihrem Unterschiede.

Diese Möglichkeit besteht aber nur dann, wenn der Eigentümer nicht in Höhe der Differenz zwischen Forderung und Höchstbetrag eingetragen ist. Würde eine Berichtigung stattgefunden haben, so wäre die automatische Erhöhung der Hypothek unmöglich[1]), da die Entstehungsvoraussetzungen fehlen. Die Eintragung des Gläubigers dagegen in voller Höhe steht einem Entstehen oder Wachsen der Eigentümergrundschuld nach allgemeinen Grundsätzen nicht entgegen. Besteht nun aber der Vorzug der nicht für eine Schlußforderung bestellten Höchstbetragshypothek gerade darin, daß sie wechselnde Forderungen sichert, was auch der Zweck dieses Institutes ist, so ergibt sich, daß ein Berichtigungsanspruch des Eigentümers während des Bestehens des Dauerschuldverhältnisses nicht statthaben darf, da dieser das Institut seiner besonders bezweckten Wirkung berauben müßte. Der Zweck der Höchstbetragshypothek, die wechselnden Forderungen zu sichern, ergibt sich aber aus dem Kausalverhältnisse, nicht aus dem Wesen der Höchstbetragshypothek selbst. Das geht mit Deutlichkeit daraus hervor, daß diese auch für Schlußforderungen bestellt werden kann. Daraus erhellt aber wieder, daß der

---

[1]) Wolff, S. 554.

Berichtigungsanspruch nicht ohne weiteres ausgeschlossen ist[1]), sondern daß nur einredeweise[2]) auf Grund des Kausalverhältnisses das Recht, die Mitwirkung zur Berichtigung zu verweigern, geltend gemacht werden kann.

Was von dem Berichtigungsanspruch gesagt ist, gilt natürlich auch von einer Verfügung des Eigentümers über seine derzeitige Grundschuld. Denn durch eine Verfügung über sein Recht würde der Eigentümer ebenso gegen den Zweck der Hypothekenbestellung verstoßen.

Nicht anschließen kann ich mich der Ansicht des Reichsgerichts, das die Zulässigkeit der Eintragung einer vorläufigen Eigentümergrundschuld verneint, „weil neben dem Vermerke der Hypothek, die dazu bestimmt ist, mit der Entstehung der Forderung eine vollwertige Gläubigerhypothek zu werden, für die mit der Eintragung entstandene Eigentümergrundschuld, deren Bestimmung dahin geht, mit der Entstehung der Forderung zu erlöschen, im Grundbuch kein Raum ist[3])". Und zwar deshalb kann ich diesen Ausführungen nicht beitreten, weil die Bestimmung, wie oben gezeigt, keine Bestimmung kraft Rechtsvorschrift, sondern eine durch Vertrag getroffene ist.

Es ist in obigen Ausführungen die Meinung vertreten worden, daß die Vorschrift des § 1163 Abs. 1 auch auf die Höchstbetragshypothek ausnahmslos anzuwenden sei; das ist jedoch stark bestritten. Mit Rücksicht auf die Ausdrucksweise des Gesetzes, daß die Feststellung der Forderung vorbehalten bleibe, wird diesem Ereignis konstitutive Bedeutung beigemessen, insofern gesagt wird, mit jener Feststellung erst komme die Eigentümergrundschuld zum Entstehen. Klar ausgesprochen ist dies in einer Entscheidung des Reichsgerichts, dessen Rechtsprechung übrigens schwankt, sich aber neuerdings der hier vertretenen Ansicht zuneigt[4]). In jener Entscheidung heißt es:

„Die Höchstbetragshypothek ist nicht zunächst Eigentümerhypothek, sondern kann es erst werden, und zwar, wenn es sich nach Maßgabe des ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes

---

[1]) So R.G.E. 75, S. 250; Gierke, § 166.

[2]) So Wolff, S. 554.

[3]) R.G.E. 75, S. 250.

[4]) Vgl. R.G.E. 51, S. 115; 61, S. 41; 75, S. 248ff.

entschieden hat, daß und in welchem Betrage die Forderungen, zu deren Sicherung sie eingetragen ist, unter dem Höchstbetrage bleiben. Erst dann hat sich herausgestellt, daß die Forderung, für die sie bestellt ist, insoweit nicht zur Entstehung gelangt ist[1])".

Dagegen ist zu sagen, daß § 1163 nicht das Sichherausstellen, daß die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, als Voraussetzung für das Entstehen einer Eigentümergrundschuld aufstellt, sondern das Nichtentstehen oder Erlöschen selbst. Die durch Höchstbetragshypothek zu sichernde Forderung ist entweder eine bei Bestellung schon entstandene oder eine zukünftige oder bedingte. Auf alle diese kommt aber § 1163 zur Anwendung. Die Feststellung hat mithin nur deklaratorische Bedeutung.

Mit diesen Ausführungen ist aber auch die Ansicht Becks widerlegt, der behauptet, eine bedingte oder künftige Forderung sei geeignet, Grundlage einer Hypothek für den Gläubiger zu bilden, also nicht in dem Sinne, daß sie nur zur Belastung des Grundstücks genüge, sondern auch, daß sie dem Gläubiger schon bei der Bestellung zustehe; bei der aufschiebend bedingten Forderung allerdings nur, wenn die Bedingung nachher wirklich eingetreten sei. Die Entstehung der Forderung, d. h. hier der Eintritt der Bedingung, äußere rückwirkende Kraft. Dagegen ist außer dem oben Ausgeführten nur einzuwenden, daß nach geltendem Recht der Eintritt einer aufschiebenden Bedingung keine rückwirkende Kraft hat!

Eine weitere Streitfrage bezüglich der Voraussetzungen der Eigentümergrundschuld besteht insofern, als viele Schriftsteller[2]) die Vorschriften der §§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1164, 1168 nur insoweit anwenden wollen, als der Restbetrag der Forderung unter dem Höchstbetrag der Hypothek zurückbleibt. Auch hier schlägt, da geltend gemacht wird, daß dies aus dem Wesen der Höchstbetragshypothek sich ergebe, wieder die oben ausführlicher dargelegte Entgegnung durch, daß das, was hier Wesen der Höchstbetragshypothek genannt wird, in Wahrheit der mit der Hypothekenbestellung beabsichtigte Zweck ist, daß es in-

[1]) R.G.E., S. 117ff.; ebenso Schreiber im Sächs. Archiv, Bd. 13, S. 327ff. u. a.

[2]) Vgl. Horn, S. 96, Anm. 32.

folgedessen auf die Absicht der Parteien ankommt[1]), wie die es gewollt haben, wobei allerdings zu vermuten ist, daß die Zahlung durch einen nicht persönlich Schuldenden auf Hypothekenerwerb gerichtet ist, die Zahlung des persönlichen Schuldners dagegen nur auf Tilgung der Forderung. Der praktische Unterschied zwischen beiden Auffassungen liegt darin, daß es nach hier vertretener Meinung Sache des Gläubigers ist, sich gegen eine endgültige Minderung seiner Gläubigerhypothek durch den nicht persönlich haftenden Befriedigungsberechtigten zu schützen, während nach der Gegenansicht es Sache dieses Befriedigungsberechtigten ist, sich den Übergang der Hypothek zu sichern[2]).

Als Ergebnis dieses Kapitels läßt sich feststellen, daß die Entstehungsvoraussetzungen bei der Höchstbetragshypothek dieselben sind, wie bei den Fremdhypotheken.

II. Das Eigentümergrundpfandrecht bei Gesamtbelastungen.

§ 15.

Die Einheit des Gesamtpfandrechts.

Nicht nur an einem einzelnen Grundstück kann ein Pfandrecht bestellt werden, sondern auch an mehreren. § 1132 Abs. 1 Satz 1 lautet: „Besteht für die Forderung eine Hypothek an mehreren Grundstücken (Gesamthypothek), so haftet jedes Grundstück für die ganze Forderung". Entgegen dem Wortlaute des Gesetzes wird allerdings die Meinung vertreten, daß hier in Wahrheit ebensoviel Hypotheken wie Grundstücke beständen[3]). Es wird von diesen Schriftstellern darauf hingewiesen, daß bei der Verpfändung mehrerer Mobilien es als selbstverständlich angenommen werde, daß an jeder Sache ein besonderes Pfandrecht bestehe. Außerdem sei ein dingliches Recht dem Objekte wie dem Inhalt nach individualisiert und

---

[1]) Fuchs, S. 622.

[2]) Fuchs, a. a. O.

[3]) Lang, Ziv.Arch. 89, S. 322; Biermann, Recht 1905, S. 265; v. Thur S. 138; Wolff, S. 529.

könne deshalb immer nur an einer und nicht an mehreren Sachen bestehen[1]). Gegen den ersten Grund ist einzuwenden, daß Fahrnis- und Grundpfandrecht allgemein ganz verschiedene Regelung erfahren haben, und daß deshalb auch hierin keine Übereinstimmung zu bestehen braucht. Gegen den zweiten Grund ist zu sagen, daß ich v. Thur nicht zustimmen kann, wenn er seine Behauptung, ein dingliches Recht sei dem Objekt und Inhalt nach individualisiert, als allgemein gültigen Satz aufstellt. Denn hier zeigt sich gerade das Gegenteil.

Es wird hier keine ängstliche Wortinterpretation vertreten. Der Ausdruck „eine Hypothek" in §§ 1132, 1172 würde nicht allzuviel bedeuten, wenn nicht das Gesetz auch Folgerungen aus der Einheit der Hypothek gezogen hätte. Das ist aber geschehen. Weil nur eine Hypothek entsteht, läßt es bei Befriedigung des Gläubigers nicht an jedem Grundstück ein Eigentümerpfandrecht in voller Höhe des eingetragenen Betrages entstehen, sondern etwa entstehende mehrere Eigentümergrundpfandrechte übersteigen in ihrer Gesamtheit nicht die Höhe der eingetragenen Gesamthypothek.

Auf Grund dessen wird man an der einheitlichen Natur der Gesamthypothek festhalten müssen. Ob diese Regelung, zumal mit der daraus gezogenen Folgerung, zweckmäßig ist, ist eine andere Frage. Das ist zu verneinen. Die heutige Gesamthypothek ist ein Hindernis für eine völlige Ausnutzung des Realkredits, eben weil einerseits jedes Grundstück in voller Höhe belastet ist und vom Gläubiger in Anspruch genommen werden kann, andererseits meistenteils die Nachhypothekare aufrücken.

§ 16.

Die Entstehungsvoraussetzungen des Eigentümergesamtpfandrechts.

Die Bestimmungen für ein Eigentümergrundpfandrecht sind bei dem Gesamtpfandrecht nicht genau dieselben wie bei dem Einzelpfandrecht, wenn auch eine gewisse Übereinstimmung besteht.

[1]) v. Thur, a. a. O.

Eine Eigentümergrundschuld kann beim Gesamtpfandrecht ebenso wie beim Einzelpfandrecht nach § 1196 bestellt werden. Selbstverständlich ist dabei, daß die Grundschuld, wenn sie vollständig Eigentümergrundschuld sein soll, nur am eigenen Grundstück bestellt werden kann.

Als zweiter Fall wurde beim Einzelpfandrecht der des § 1163 Abs. 2 behandelt: „Eine Hypothek, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefes nicht ausgeschlossen ist, steht bis zur Übergabe des Briefes an den Gläubiger dem Eigentümer zu." Diese Vorschrift findet auch auf das Gesamtgrundpfandrecht Anwendung. Ist der Eigentümer der belasteten Grundstücke derselbe, so bietet sie keine Schwierigkeit. Anders, wenn das Pfandrecht an Grundstücken verschiedener Eigentümer bestellt ist. Hier steht sie nach § 1172 Abs. 1 den Eigentümern gemeinschaftlich zu. Welcher Art diese Gemeinschaft ist, spricht das Gesetz nicht ausdrücklich aus. Es bestimmt vielmehr in § 1172 Abs. 2: „Jeder Eigentümer kann, sofern nicht ein anderes vereinbart ist, verlangen, daß die Hypothek an seinem Grundstück auf den Teilbetrag, der dem Verhältnisse des Wertes seines Grundstücks zu dem Werte der sämtlichen Grundstücke entspricht, nach § 1132 Abs. 2 beschränkt und in dieser Beschränkung ihm zugeteilt wird. Der Wert wird unter Abzug der Belastungen berechnet, die der Gesamthypothek im Range vorgehen."

Es ist nun die Frage, ob durch diesen § 1172 Abs. 2 eine Vorschrift über die Art der Gemeinschaft getroffen ist. Ist dies nicht der Fall, so ist sie nach § 741 B. G. B. eine Gemeinschaft nach Bruchteilen. Gegen diese spricht jedoch unsere Vorschrift. Indem sie sagt, daß jeder Eigentümer, sofern nichts anderes vereinbart ist, verlangen kann, daß die Hypothek an seinem Grundstück auf einen gewissen Teilbetrag beschränkt wird, lehnt sie die Auffassung ab, daß von vornherein solche Quoten bestehen[1]. Es ist deshalb der Teilung konstitutive Wirkung verliehen[2].

---

[1] Bruck, S. 204.

[2] A. M. Fuchs, S. 552.

Es ist aber durch Ablehnung der Gemeinschaft nach Bruchteilen die rechtliche Natur der Gemeinschaft noch nicht positiv bestimmt.

Endemann nimmt eine Gemeinschaft nach Analogie des § 432 an[1]). Daraus ergäbe sich aber ebenso wie aus der oben abgelehnten Bruchteilsgemeinschaft ein Verfügungsrecht des einzelnen Eigentümers über seinen Anteil an dem Pfandrecht. Solches Verfügungsrecht kann aber nicht anerkannt werden, da bestimmte Anteile während des Bestehens der Gemeinschaft überhaupt nicht vorhanden sind, mit der Einheitlichkeit des Gesamtpfandrechts im Widerspruch stehen und deshalb erst beim Ausscheiden aus der Gemeinschaft gebildet werden[2]).

Man wird deshalb eine Gemeinschaft zur gesamten Hand annehmen müssen[3]). Endemann wendet ein, es fehle an einem Sondervermögen[4]). Dagegen ist zu sagen, daß da, wo Gemeinschaften zur gesamten Hand bestehen, regelmäßig zwar ein Sondervermögen vorhanden sein wird, daß die Gemeinschaft zur gesamten Hand ein solches aber nicht voraussetzt. Es spricht nicht gegen diese Ansicht, daß das Gesetz es unterlassen hat, zu bestimmen, ob die Vorschrift des § 719, die dem Gesellschafter das Verfügungsrecht über seinen Anteil am Geschäftsvermögen versagt, oder die des § 2033, die es dem Miterben gibt, angewandt wissen will[5]). Meines Erachtens ergibt sich die Entscheidung im ersteren Sinne wohl aus dem Gesetze. Die Vorschriften der Gesellschaft sind deshalb entsprechend anzuwenden. Auch nicht etwa die des Familienrechtes über das eheliche Gesamtgut. Denn soweit diese von denen des Gesellschaftsrechts abweichen, ergibt sich die Abweichung aus den Besonderheiten des Familienrechts. Es liegt aber kein triftiger Grund vor, mit Planck[6]) eine Gemeinschaft besonderer Art anzunehmen.

Aus der hier vertretenen Ansicht folgt, daß der Eigentümer

---

[1]) S. 495.

[2]) Horn, S. 179.

[3]) So die meisten Schriftsteller.

[4]) S. 495.

[5]) Fuchs, a. a. O.

[6]) Zu § 1172; 3b.

über seinen noch ungewissen Anteil nicht verfügen kann. Daher kann er auch nicht ohne weiteres die Hypothek auf seinem Grundstück löschen lassen. Er muß vielmehr entweder erst seinen Anteil unter Ausscheiden aus der Gemeinschaft auf sich umschreiben lassen, oder er bedarf der Zustimmung der übrigen Pfandgläubiger. Die wird er natürlich nur unter Verzicht auf seinen Anteil an der Hypothek erlangen können.

Auch im Falle des § 1163 Abs. 1 Satz 1, des Nichtentstehens der Forderung, entsteht ein Eigentümergesamtpfandrecht, und zwar eine Grundschuld. Für Gesamtgrundschulden gilt die Vorschrift ebensowenig wie für Einzelgrundschulden. Sind die Eigentümer verschiedene Personen, so besteht auch hier ein Gesamthandsverhältnis.

Ebenso führt mangelnde Einigung beim Gesamtgrundpfandrecht zum Entstehen einer Eigentümergrundschuld.

Die Bestimmung des § 1163 Abs. 1 Satz 2 findet nur teilweise auf die Gesamthypothek Anwendung. Sie lautet: „Erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek.“ Befriedigt der Eigentümer eines der Grundstücke den Gläubiger, oder erwirbt dieser Eigentümer die Forderung, oder vereinigen sich Forderung und Schuld in der Hand des Eigentümers, so erwirbt er das Pfandrecht an seinem Grundstück, an den übrigen Grundstücken dagegen erlischt es. § 1173 Abs. 1. Ist er Eigentümer aller oder mehrerer verhafteter Grundstücke, so erwirbt er an seinen eigenen Grundstücken eine Eigentümergesamtgrundschuld.

Kann der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, von dem Eigentümer eines der andern Grundstücke oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen, so geht die Hypothek an diesem Grundstück auf ihn über. Der Ersatzanspruch kann unmittelbar auf dem Gesetz wie auch auf einem Vertrage beruhen. Kann der Eigentümer nur teilweise Ersatz beanspruchen, so findet auch der Übergang der Hypothek nur teilweise statt. Da jedoch die Belastung aller Grundstücke nicht in Einzelbelastungen, die zusammen höher sind als die ursprüngliche Gesamthypothek, aufgelöst werden kann, der Eigentümer aber schon an seinem eigenen Grundstück ein Pfandrecht erworben

hat, muß sich die Fremdhypothek mit diesem Recht verbinden. Soweit besteht Einigkeit in der Literatur.

Sehr bestritten ist aber die juristische Konstruktion dieses neuen Gesamtpfandrechts. Alle denkbaren Ansichten werden vertreten. Auch die Frage nach der Höhe der neuen Gesamtbelastung ist nicht einheitlich beantwortet. Nach Bruck[1]) vereinigt sich das am eigenen Grundstück erworbene Pfandrecht völlig mit der Rückgriffshypothek für die Ersatzforderung zu einer Gesamthypothek am Grundstück des Eigentümers. Dabei dient die Gesamthypothek nicht etwa zur Sicherung der Ersatzforderung, sondern diese ist nur das Mittel, um dem Eigentümer auch die Hypothek an den andern Grundstücken zu verschaffen. Ist der befriedigende Eigentümer persönlicher Schuldner, so erwirbt er eine Eigentümergrundschuld, andernfalls eine Hypothek[2]).

Nach den Ausführungen auf Seite 52ff., wo die Ansicht begründet wurde, daß die Hypothek, die der Ersatzberechtigte erwirbt, zur Sicherung der Ersatzforderung dient, kann dem nicht zugestimmt werden. Unhaltbar ist aber die Meinung Horns, daß im Fall des § 1164 die Hypothek zur Sicherung der Ersatzforderung diene und deshalb sich mit ihr verbinde, während er hier der Ansicht der Gegner beitritt[3]). Nur insofern unterscheidet er sich von diesen, als er dem Eigentümer, soweit der zur Befriedigung verwendete Betrag den Ersatzanspruch übersteigt, eine Einzelhypothek gibt. Warum aber dieses Einzelpfandrecht eine Hypothek und nicht eine Grundschuld ist, ist unerklärlich. Denn mit der Einheit der Gesamthypothek kann das nicht begründet werden, da dieses Eigentümergrundpfandrecht ja ein Einzelpfandrecht sein soll.

Abzulehnen ist auch die Ansicht Becks, der Grundschuldnatur des Pfandrechts am Grundstück des Ersatzpflichtigen annimmt „und damit die Unmöglichkeit, der Rückgriffshypothek überhaupt eine Forderung zugrunde zu legen[4])“. Auch dieser Schriftsteller unterscheidet ebensowenig wie Bruck und Fuchs

[1]) S. 210.

[2]) Ebenso Fuchs, S. 557; Turnau-Förster, S. 773f.

[3]) Horn, S. 187.

[4]) S. 93.

eine Einzelbelastung in Höhe des den Ersatzanspruch übersteigenden Befriedigungsbetrages vom Gesamtpfandrecht, sondern nimmt ein Gesamtpfandrecht in ganzer Höhe dieses Betrages an. Infolgedessen kommt er zu dem Ergebnis, daß für den persönlich schuldenden Eigentümer stets Gesamtgrundschuld, für den nur dinglich haftenden wegen der Einheit der Gesamtbelastung dagegen stets eine Gesamthypothek entstehe. Das Ergebnis ist einfach, aber nicht richtig, weil die Rückgriffshypothek keine Grundschuld ist.

Biermann steht auf dem richtigen Standpunkt, wenn er sagt, daß der Rückgriffshypothek die Ersatzforderung zugrunde liegt. Nach seiner Ansicht verbindet diese sich mit der ganzen Eigentümergrundschuld, oder wenn der Eigentümer nur dinglich haftet, mit der ganzen Eigentümerhypothek zu einem Gesamtpfandrecht, das im ersten Falle teils Fremdhypothek, teils Eigentümergrundschuld ist, im zweiten dagegen völlig Hypothek, jedoch mit zwei verschiedenen zugrunde liegenden Forderungen. Diese Ansicht steht mit dem früher entwickelten Wesen der Gesamthypothek in Widerspruch[1]).

Führt die Ansicht Biermanns zu unannehmbaren Ergebnissen, so darf man dies nicht darauf zurückführen, daß er der Rückgriffshypothek die Ersatzforderung zugrunde legt, wie manche Schriftsteller fälschlich tun. Nur um diese Ergebnisse zu vermeiden, lehnen sie die richtige Ansicht ab. Der Fehler dürfte wohl darin liegen, daß die herrschende Meinung behauptet, das ganze Eigentümerpfandrecht verbinde sich mit der Rückgriffshypothek zum Gesamtpfandrecht. Liegt es nicht näher, anzunehmen, daß das Eigentümerpfandrecht sich nur in Höhe der Rückgriffshypothek mit dieser zur Gesamthypothek verbindet[2])? Der Zweck dieser Gesamthypothek ist, einerlei, ob der Eigentümer persönlich schuldet oder nicht, die Ersatzforderung zu sichern. Deshalb entsteht in beiden Fällen eine Gesamthypothek, die teils Fremd- teils Eigentümerhypothek ist. Ob der Eigentümer nur dinglich haftet oder auch persönlich schuldet,

[1]) Vgl. auch R.G.E. 75, S. 248.

[2]) So Planck, S. 577; Wolff, S. 536.

hat nur Bedeutung für das Einzelpfandrecht des Eigentümers. Das ist im ersten Falle Hypothek, im zweiten Grundschuld.

Befriedigt nicht der Eigentümer eines belasteten Grundstücks, sondern der von diesem verschiedene persönliche Schuldner, oder vereinigen sich Forderung und Schuld in einer Hand, so sind zwei Fälle zu unterscheiden:

Kann der Schuldner von den Eigentümern keinen Ersatz verlangen, so geht nach allgemeiner Vorschrift des § 1163 Abs. 1 Satz 2 die Hypothek auf die Eigentümer über, und zwar steht sie ihnen als Gesamtgrundschuld gemeinschaftlich zu. § 1172 Abs. 1.

Kann dagegen der Schuldner von allen Eigentümern Ersatz verlangen, so geht nach § 1164 die Gesamthypothek auf ihn über. Das kann aber nur gelten für den Fall, daß die Eigentümer ihm als Gesamtschuldner haften[1]). Haften sie ihm nur zu Teilbeträgen, so kann die einheitliche Gesamthypothek nicht mehr bestehen bleiben. Sie zerfällt in Einzelhypotheken in Höhe der Ersatzansprüche. Diese gehen auf ihn über. Der Eigentümer hat infolgedessen einen Berichtigungsanspruch, daß nur eine Einzelhypothek in Höhe der Ersatzforderung eingetragen, die Gesamthypothek dagegen gelöscht werde. Besteht der Ersatzanspruch nur gegen einen Eigentümer, so geht die Gesamthypothek an dessen Grundstücken auf den Schuldner über, während sie an den übrigen Grundstücken erlischt. Ist nur ein Grundstück dieses Eigentümers belastet, so wird die Gesamthypothek durch das Erlöschen auf den anderen Grundstücken zur Einzelhypothek. § 1174 Abs. 1. Erreicht der Ersatzanspruch nicht die volle Höhe des Hypothekenbetrages, so treten Übergang und Erlöschen nur in dieser Höhe ein. In Höhe des Restes besteht die alte Gesamthypothek weiter. Bei einer etwaigen Teilung der Restgesamthypothek muß der ersatzpflichtige Eigentümer sich diesen Ersatzbetrag anrechnen lassen. § 1174 Abs. 2.

Befriedigt weder der Eigentümer noch der persönliche Schuldner, sondern ein sonstiger Befriedigungsberechtigter, so findet das bei der Einzelhypothek Gesagte entsprechende

---

[1]) Wolff, a. a. O.

Anwendung: Ist die Befriedigung durch ihn vollständig erfolgt, so erwirbt er die Gesamthypothek ganz. Hat er nur teilweise befriedigt, so erwirbt er sie nur in dieser Höhe. In Höhe des Restes bleibt sie in den Händen des alten Gläubigers. Ebensowenig wie auf die Einzelgrundschuld finden diese Bestimmungen auf die Gesamtgrundschuld Anwendung.

Bei einem Verzicht des Gläubigers auf die Gesamthypothek oder Gesamtgrundschuld ist zu unterscheiden, ob er auf die Hypothek an einem oder mehreren Grundstücken oder an allen verzichtet. Ist letzteres der Fall, so wird das Pfandrecht zur Eigentümergesamtgrundschuld und steht mehreren Eigentümern gemeinschaftlich zu. § 1175 Abs. 1 Satz 1. Das hätte sich übrigens auch ohne ausdrückliches Hervorheben ergeben. Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek an einem der Grundstücke, so erlischt sie an diesem. § 1175 Abs. 1 Satz 2. Das ist wieder eine Folge der Einheit der Gesamtbelastung.

Was über den Verzicht gesagt ist, gilt nach § 1175 Abs. 2 auch, wenn der Gläubiger nach § 1170 mit seinem Rechte ausgeschlossen wird.

Die Bestimmungen für den Fall des Verzichtes gelten auch bei der Schuldübernahme ohne Einwilligung des Eigentümers, jedoch nur bei der Hypothek.

Was die Fälle der Entstehung einer Eigentümerhypothek wegen nicht eingetretener Konfusionswirkung bei Vereinigung von Schuld und Forderung in einer Hand anbelangt, so ist für die Gesamthypothek nichts Besonderes mehr hervorzuheben.

§ 17.

Gutgläubiger Erwerb des Eigentümergrundpfandrechts.

Die Bestimmungen über den gutgläubigen Erwerb eines dinglichen Rechts sind in dem Abschnitt, der die allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken enthält, in den §§ 892, 893 niedergelegt.

„Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit einge-

tragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist.“ § 892 Abs. 1 Satz 1.

„Die Vorschriften des § 892 finden entsprechende Anwendung, wenn an denjenigen, für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, auf Grund dieses Rechtes eine Leistung bewirkt, oder wenn zwischen ihm und einem anderen in Ansehung dieses Rechtes ein nicht unter die Vorschriften des § 892 fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält.“ § 893.

Ein gutgläubiger Erwerb eines Eigentümergrundpfandrechts nach § 892 Satz 1 kann in der Regel nicht stattfinden, da er nur die Fälle rechtsgeschäftlichen Erwerbes im Gegensatz zu denen, die unmittelbar auf gesetzlicher Vorschrift beruhen, behandelt. Durch rechtsgeschäftliche Übertragung wird aber ein Eigentümergrundpfandrecht nur selten entstehen, vielmehr ist seine Entstehung gewöhnlich eine solche von der zweiten Art. Infolgedessen kann der eingetragene Scheineigentümer eine Fremdhypothek oder Grundschuld nur dann gutgläubig erwerben, wenn sie ihm rechtsgeschäftlich übertragen wird.

Gutgläubiger Erwerb einer neubestellten Hypothek oder Grundschuld ist in dem seltenen Falle möglich, daß sie dem wahren Eigentümer vom Bucheigentümer bestellt wird.

Andererseits kann ein gutgläubiger Erwerb auf Grund des § 893 stattfinden, wenn der gutgläubige Eigentümer an den Scheingläubiger leistet, bei der Buchhypothek, wenn er als Gläubiger eingetragen ist, während bei der Briefhypothek noch der Besitz des Briefes sowie die fortlaufende Reihe der beglaubigten Abtretungserklärungen oder diesen gleichgestellter Urkunden hinzukommen muß. § 1155. Denn hier ist an denjenigen, für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen worden ist, auf Grund dieses Rechtes eine Leistung bewirkt worden. Es ist aber dabei zu beachten, daß die Leistung nicht diejenige an den persönlichen Gläubiger, sondern eine Leistung an den Gläubiger in seiner Eigenschaft als Hypothekengläubiger nach § 1142 ist. Tatsächlich werden beide Leistungen, wenn der Eigentümer auch persönlicher Schuldner ist, zusammen-

fallen. Rechtlich sind sie aber auseinanderzuhalten, denn nur jene ist auf Grund des eingetragenen Pfandrechts bewirkt.

Verzichtet der eingetragene Nichtgläubiger auf sein Pfandrecht, so ist kein gutgläubiger Erwerb des Pfandrechts durch den Eigentümer möglich, weder nach § 892, da der Erwerb nicht durch Rechtsgeschäft erfolgt, noch nach § 893. Der zweite Fall dieses Paragraphen liegt nicht vor, denn in ihm ist von einem Rechtsgeschäft zwischen dem Eingetragenen und einem andern, das eine Verfügung darstellt, die Rede. Der Verzicht ist nämlich kein Rechtsgeschäft zwischen zwei Personen, sondern eine einseitige Willenserklärung. § 1168 Abs. 2 Satz 1. Wegen der abstrakten Natur dieser Willenserklärung ist auch ein dem Verzicht zugrunde liegender kausaler Vertrag über den Verzicht von diesem zu trennen. Deshalb genügt auch er nicht, denn er enthält keine Verfügung. Daher ist die Ansicht von Biermann[1]) und Bruck[2]), die § 893 Platz greifen lassen, abzulehnen. Es ist nicht angängig, solche singuläre Bestimmungen wie die über gutgläubigen Erwerb nur auf Grund von Billigkeitserwägungen derartig ausdehnend auszulegen.

Dritter Abschnitt.

§ 18.

Die Wirkungen des Eigentümergrundpfandrechts.

Wie aus der bisherigen Darstellung zu ersehen, ist das Eigentümergrundpfandrecht ebenso wie das Fremdpfandrecht zu scheiden in Hypothek und Grundschuld. Eigentümergrundschuld wird auch stets die aus einer Fremdhypothek entstehende Grundschuld genannt. Denn da ihr die Forderung fehlt, ist sie zur Grundschuld geworden. Sie eine Eigentümerhypothek im Gegensatz zur Hypothek des Eigentümers oder forderungsentkleidete Eigentümerhypothek im Gegensatz zur forderungsbekleideten zu nennen, könnte die schon früher abgelehnte Auffassung, daß sie keine Grundschuld sei, als berechtigt er-

---

[1]) S. 379.
[2]) S. 221.

scheinen lassen. Weshalb soll man eine Grundschuld noch als Hypothek bezeichnen, wenn sie es nicht mehr ist? Eine Eigentümerhypothek ist nach dem Gesetz nur da vorhanden, wo die Forderung noch besteht. Zwar kann hier die Hypothek nicht mehr die Forderung sichern in dem Sinne, daß sie ihre Erfüllung aus fremdem Vermögen gewährleistet. Denn das belastete Grundstück ist schon im Vermögen des Eigentümers. Sie hat für den Eigentümer nicht mehr Wert als eine durch Erlöschen der Forderung entstehende Eigentümergrundschuld. Es ist nur infolge des Fortbestehens der Forderung die rechtliche Möglichkeit gegeben, die Hypothek in der Hand des Eigentümers als solche aufrechtzuerhalten. Man kann das so ausdrücken, daß hier die Hypothek nicht der Forderung, sondern die Forderung der Hypothek dient. Der praktische Unterschied zwischen der Eigentümerhypothek und der aus einer Fremdhypothek entstandenen Eigentümergrundschuld liegt darin, daß jene, wenn Eigentum und Hypothek in verschiedene Hände kommen, Fremdhypothek, diese Fremdgrundschuld wird, wenn nicht eine Umwandlung vorgenommen wird. Hinsichtlich ihrer Rechtswirkungen können Eigentümergrundschuld und Eigentümerhypothek zugleich behandelt werden.

Die Rechtswirkungen des Eigentümergrundpfandrechts sind nur negativ bestimmt. Das heißt, das Gesetz zählt sie nicht einzeln auf, sondern sagt nur, welche dem Fremdgläubiger zustehenden Rechte dem Eigentümer versagt sind. Während es sonst die Grundpfandrechte systematisch so behandelt, daß es das Hypothekenrecht ausführlich darstellt und eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften auf das Grundschuldrecht anordnet, hat es diese negativen Vorschriften im Titel über die Grundschuld aufgeführt. Doch gelten sie unbestrittenermaßen auch für die Hypothek.

Nach § 1197 Abs. 1 hat der Eigentümergläubiger nicht das Recht, die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung zu betreiben.

Nach § 1197 Abs. 2 gebühren dem Eigentümer Zinsen nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines andern zum Zwecke der Zwangsvollstreckung in Beschlag genommen ist und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung.

Über die erste Bestimmung führt Kohler[1]) aus: „Allerdings kann der Eigentümer das Grundstück nicht in Zwangsvollstreckung setzen. Das ist begrifflich unmöglich. Denn wenn er das Grundstück mit allen seinen Werten im Eigentum hat, so bedarf er, um einen bestimmten Wert daraus zu erzielen, nicht der Zwangsvollstreckung." Es ist derselbe Gedanke, der im geschichtlichen Teil bei der Behandlung des ius vendendi im römischen und gemeinen Recht als unzutreffend zurückgewiesen wurde. Dieselben Gründe, die dort diese Ansicht widerlegten, treffen auch hier zu. Während dort aber das ius vendendi mangels gegenteiliger Bestimmung gegeben werden muß, ist es im B. G. B. ausgeschlossen. Dem liegt der rechtspolitische Gedanke zugrunde, daß der Eigentümer sein Recht zur Zwangsversteigerung zu dem Zwecke mißbrauchen könnte, sein Grundstück zu geringem Preise wieder ohne die nachstehenden Pfandrechte zu erstehen. Dadurch würde die Erlangung von Nachhypotheken und damit die volle Ausnutzung des Realkredits wesentlich erschwert[2]).

Die Erwägungen, die zur Vorschrift des § 1197 führten, sind folgende[3]): Die aus dem Grundstücke zu zahlenden Zinsen stellen eine Belastung der Einkünfte aus dem Grundstück dar. Die Einkünfte aus dem Grundstücke gebühren jedoch dem Eigentümer, wenn nicht einem andern der Nießbrauch zusteht. Würden dem Eigentümer allgemein Zinsen gebühren, so hätte er sie aus den ihm ebenfalls gebührenden Einkünften des Grundstücks an sich selbst zu zahlen. Anders ist die Lage jedoch, wenn das Grundstück zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist. Denn da sind dem Eigentümer die Einkünfte entzogen. Die gleiche Lage ist gegeben, wenn ein Nießbrauch an dem Grundstück besteht[4]), oder wenn das Grundstück zum eingebrachten Gut der Frau gehört, ihr Eigentümerpfandrecht dagegen Vorbehaltsgut ist[5]). Deshalb wird hier § 1197 Abs. 2 analog anzuwenden sein. Verpfändet

---

[1]) v. Holtz, Enzykl., Bd. II, S. 62.

[2]) Prot. Bd. III, S. 573.

[3]) Vgl. Mott., Bd. III, S. 734.

[4]) Kohler, a. a. O., S. 62.

[5]) Wolff, S. 524.

der Eigentümer sein Pfandrecht, so kann der Gläubiger ebenfalls Zinsen nur beanspruchen, wenn sie dem Eigentümer auf Grund seines Pfandrechts gebühren. Denn dieses nur ist ihm verpfändet[1]).

Abgesehen von diesen beiden Einschränkungen hat der Eigentümerpfandgläubiger dieselben Rechte wie ein Fremdpfandgläubiger. Er kann seine Eigentümerhypothek in eine Eigentümergrundschuld verwandeln, wozu es nur der einseitigen Erklärung und der Eintragung bedarf. Ebenso ist eine Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek zulässig. Sie muß aber dann mit einer Forderung verbunden werden. Auch in anderer Beziehung kann der Eigentümer das Pfandrecht verändern. Werden dadurch Rechte der nachstehenden Pfandgläubiger betroffen, so ist selbstverständlich deren Einwilligung erforderlich. Der Eigentümer kann auch sein Pfandrecht aufgeben. Das geschieht durch einseitige abstrakte Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt. Mit der Löschung erlischt das Pfandrecht, die nachstehenden Gläubiger rücken auf.

Ob zu einer Verfügung des Eigentümers über ein Buchpfandrecht die vorherige Umschreibung auf seinen Namen erforderlich ist, ist bestritten. Das Kammergericht[2]) und mit ihm eine Reihe von Schriftstellern[3]) behauptet, daß der Eigentümer als eventueller Inhaber des nach § 1163 ihm zufallenden Pfandrechts zu gelten habe. Sein Recht auf die Eigentümerhypothek gehe zur Genüge aus der Eintragung seines Eigentums am Grundstück hervor. Deshalb genüge zur Verfügung, daß ihm über die auf seinem Grundstück haftende Hypothek eine löschungsfähige Quittung erteilt sei. Diese Ansicht geht insofern zu weit, als sie den Fall, daß der Eigentümer das Grundstück veräußert hat und danach über sein Pfandrecht verfügen will, nicht berücksichtigt, denn jetzt hätte der neue Eigentümer als eventueller Inhaber zu gelten[4]). Man kann aber auch nicht unter allen Umständen vorherige Eintragung fordern[5]). Man

---

[1]) Vgl. R.G.E. 60, S. 360ff.

[2]) J. K. 20 A. 190.

[3]) Fuchs, S. 404; Turnau-Förster, S. 748; Dernburg, S. 629.

[4]) Güthe, im Recht 1901, S. 219.

[5]) So Martinus, D. Jur. Z. 1900, S. 138.

muß dem Eigentümer die Möglichkeit geben, auf Grund einer Löschungsbewilligung sein Recht löschen zu lassen[1]). Noch weiter den § 40, Abs. 1 G. O., wonach eine Eintragung erst erfolgen soll, wenn derjenige, der von der Eintragung betroffen wird, vorher eingetragen ist, einzuschränken, erscheint bedenklich, da die Klarheit des Grundbuchs darunter leiden müßte. Von einer ausführlicheren Behandlung der Frage muß ich absehen. Keine wirkliche weitere Einschränkung des § 40 G. O. begeht man, wenn man im Falle des Verzichtes eine besondere Eintragung nicht für nötig hält. Denn mag dieser Verzicht in der Form eingetragen sein, daß der Gläubiger auf das Pfandrecht verzichtet habe oder unter gleichzeitiger Hinzufügung, daß es infolgedessen auf den Eigentümer „E." übergegangen sei[2]), so geht beidemal der Übergang des Rechtes auf den Eigentümer aus dem Grundbuch hervor. Bei der ersten Forderung würde allerdings dann eine vorherige Eintragung nötig sein, wenn das Eigentum inzwischen auf einen anderen übergegangen sein sollte.

Bei der Zwangsverwaltung ist nach § 1197 Abs. 2 der Eigentümergläubiger dem Fremdgläubiger völlig gleichgestellt. Ebenso auch bei der Zwangsversteigerung. Wenn ihm auch die Möglichkeit genommen ist, sie selbst zu betreiben, so ist er doch bei der Versteigerung selbst als Pfandgläubiger mitbeteiligt. Daraus folgt sein Anspruch auf den auf sein Pfandrecht fallenden Teil des Versteigerungserlöses.

Anderer Meinung ist Kindel. Er begründet sie damit, daß bei einer Eigentümerhypothek der persönliche Schuldner frei werden müsse, wenn der Eigentümer bei der Versteigerung den auf die Hypothek entfallenden Betrag erhalte. Es erscheine jedoch ausgeschlossen, daß der Schuldner durch einen Vorgang, der ihn gar nichts angehe, Befreiung erlangen solle. Daher liege nicht der geringste Billigkeitsgrund dafür vor, dem Eigentümer die Liquidation vor seinen eigenen hypothekarischen Gläubigern zu gestatten[3]).

---

[1]) Planck, S. 587.

[2]) Wolff, S. 415.

[3]) S. 289.

Kindel ist aber im Unrecht, wenn er meint, durch Liquidation der Hypothek erlösche die persönliche Forderung. Denn wie früher ausgeführt wurde, dient die Eigentümerhypothek nicht zur Sicherung der Befriedigung des Gläubigers. Durch die Liquidation der Hypothek erhält er gar keine Befriedigung für seine Forderung, sondern es wird nur ein Teil seines Vermögens durch die Versteigerung in Geld umgesetzt. Deshalb bleibt die persönliche Forderung bestehen. Die Ansicht Kindels steht auch mit der Geschichte in Widerspruch. Schon das Eigentums-Erwerbs-Gesetz vom 5. Mai 1872 erkannte das Recht des Eigentümers auf den Versteigerungserlös an. Da das B. G. B. schweigt, ist darauf zu schließen, daß es den Anspruch gibt. Deshalb ist es aber auch nicht angängig, das Eigentümerpfandrecht als ruhendes Recht zu bezeichnen.

Nach Abführung des Versteigerungserlöses ist das Geld kraft dinglicher Surrogation in das Eigentum des früheren Grundeigentümers gefallen. Dieses Prinzip ist zwar nicht ausdrücklich im Z. V. G. ausgesprochen, ergibt sich aber aus den Vorschriften der §§ 37 Nr. 5, 83 Nr. 5, 92 Abs. 1, 128 Abs. 2 Z. V. G. Deshalb ist die Ansicht v. Mayrs nicht haltbar, der annimmt, der Staat erwerbe das Eigentum an den erlösten Geldstücken[1]). Eigentümer des Geldes ist der frühere Eigentümer des Grundstücks. Jedoch hat er nicht die Verfügungsmacht über sein Eigentum. Diese steht vielmehr dem Vollstreckungsgericht zu. Es ist hier nicht der Ort, die Streitfrage zu behandeln, ob die Verfügungsmacht des Gerichtes auf eine privatrechtliche Vertretungsbefugnis zurückzuführen ist oder ob sie auf öffentlichem Rechte beruht[2]).

Der Eigentümer hat, weil er das Eigentum an allen Geldstücken erworben hat, auch einen Anspruch auf Herausgabe des gesamten Erlöses. Diesem Anspruch stehen aber die Ansprüche der Fremdpfandgläubiger auf Übereignung des Erlöses in Höhe ihres Pfandrechts entgegen. Es erheben sich hier wieder interessante Fragen: Gegen wen richten sich die Ansprüche der Pfandgläubiger? Haben sie privatrechtlichen

---

[1]) S. 289.

[2]) Vgl. darüber Jäckel, § 81 S. 359.

Charakter und gehen sie gegen den Eigentümer oder sind es öffentlich-rechtliche Ansprüche gegen das Gericht? Weiterhin, sind sie im ersten Falle dinglicher oder nur obligatorischer Natur[1])? Die zu deren Beantwortung nötige Exkursion ins Zwangsvollstreckungsrecht muß hier unterbleiben. Es steht fest, daß der Eigentümer sein Geld nicht erhält, soweit Fremdpfandrechte am Grundstück vorhanden waren. Insoweit wird nämlich das Eigentum am Erlöse vom Gericht auf die alten Pfandgläubiger übertragen.

Hirsch[2]) gibt den Fremdgläubigern keinen Anspruch auf Übertragung des Eigentums durch das Gericht, sondern ein Aneignungsrecht am Erlöse. Seine Ansicht widerspricht dem klaren Wortlaut des Gesetzes. § 117 Abs. 1 Z. V. G. sagt, daß der Teilungsplan durch Zahlung an die Beteiligten ausgeführt wird. Das kann doch nur heißen, daß das Gericht durch Übergabe das Geld übereignet[3]). Die Unrichtigkeit der Meinung Hirschs geht noch deutlicher aus § 118 Z. V. G. hervor, wo ausdrücklich von einer Übertragung der Forderung die Rede ist. Der Eigentümer hat als solcher schon das Eigentum am Erlöse erworben. Deshalb kann daneben sein Pfandrecht ihm kein Eigentum mehr daran verschaffen. Man könnte daraus auf die Inhaltsverschiedenheit von Fremdpfandrecht und Eigentümerpfandrecht schließen. Doch würde ein solcher Schluß nur auf Grund oberflächlicher Erwägungen möglich sein. Denn tatsächlich führt das Eigentümerpfandrecht zu demselben Erfolge wie das Fremdpfandrecht. Es verschafft dem Berechtigten den Versteigerungserlös in Höhe des Pfandrechts. Und zwar ist jedesmal der Berechtigte auch Eigentümer. Allerdings beim Fremdpfandrecht infolge seines Pfandrechts, während beim Eigentümerpfandrecht das Eigentum schon vorhanden war. Es wäre aber falsch, zu sagen, das Eigentümerpfandrecht sei insofern schwächer als das Fremdpfandrecht, als es dem Gläubiger das Eigentum nicht verschaffen kann. Es hat vielmehr dieselbe Kraft wie das Fremdpfandrecht. Seine Kraft kommt bloß in der Richtung des Eigentumserwerbs nicht zur Wirkung,

[1]) Literatur darüber bei Jäckel, § 92, S. 409.

[2]) S. 421, 422.

[3]) Heinzheimer, S. 483; Stein, S. 88.

weil eine andere Kraft, nämlich das alte Eigentum wegen seiner Surrogationswirkung, den Erfolg schon herbeigeführt hat. Das Eigentum unterliegt aber den Ansprüchen der Fremdpfandgläubiger. Jetzt tritt die Kraft des Eigentümerpfandrechts in Erscheinung. Es bewirkt, daß dem Eigentümer sein Eigentum in Höhe des Eigentümerpfandrechts erhalten bleibt und in seinen Besitz gelangt. Ohne das Eigentümerpfandrecht wäre das Eigentum verloren gegangen. Das Pfandrecht hat es erhalten und die Sache in Besitz des Eigentümers gebracht. Das Eigentümerpfandrecht wirkt eigentumserhaltend, das Fremdpfandrecht dagegen eigentumserwerbend. Die Kraft oder der Inhalt des Eigentümerpfandrechts ist derselbe wie der des Fremdpfandrechts. Bei beiden wird der Pfandrechtsbetrag ausbezahlt. In beiden Fällen würde er nicht ausgezahlt werden, wenn das Pfandrecht nicht bestände. Daß beim Eigentümerpfandrecht keine Eigentumsübertragung erfolgt, ist kein Zeichen für einen geringeren Inhalt. Das ist nur eine Folge des Surrogationsprinzips. Wäre das nicht eingeführt, so würde auch das Eigentümerpfandrecht seine eigentumserwerbende Kraft auswirken können.

Vierter Abschnitt.

Das Wesen des Eigentümergrundpfandrechts.

§ 19.

Die Ansicht Iherings und Hachenburgs.

Während das Grundpfandrecht früher allgemein zur Sicherung einer Forderung diente, kann nach der Einführung der Grundschuld dieser Sicherungszweck nicht mehr zum Wesen des Grundpfandrechtes gehören. Sonst könnte man die Grundschuld nicht unter die Grundpfandrechte rechnen. Dann würde aber die praktische Brauchbarkeit des Grundpfandrechtsbegriffs wegfallen, weil er nicht mehr einen Oberbegriff, einen Sammelnamen für mehrere Rechte bilden, sondern nur ein anderer Name für die Hypothek sein würde. Daß die Grundschuld nicht zur Sicherung einer Forderung zu dienen

braucht, geht aus § 1191 hervor, wonach sie nichts weiter ist als eine Belastung des Grundstücks in der Art, daß eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist. Aber auch schon mit der Einführung der Eigentümerhypothek im preußischen Rechte vor 1872 muß der Sicherungszweck als zum Begriff des Grundpfandrechtes nicht mehr gehörig bezeichnet werden, wenn man die dortige Eigentümerhypothek als Pfandrecht betrachtet, eine Auffassung, die allerdings recht zweifelhaft ist. Für unser heutiges Recht wird der Oberbegriff des Grundpfandrechts an Wert erheblich gewinnen, wenn auch die Eigentümerhypothek und die Eigentümergrundschuld ihm unterbegriffen werden können.

Die Pfandrechtsnatur des Eigentümerpfandrechts wird jedoch von vielen geleugnet. Für das frühere Recht ist sie nur bedingt zugegeben worden von Jhering[1]), nämlich für den Fall, daß die Eigentümerhypothek nicht die einzige Belastung des Grundstücks ist. Solange die Hypothek allein in der Hand des Eigentümers liege, könne von einem Rechte des Eigentümers keine Rede sein, da dieses sich ja gegen den Eigentümer selbst richten würde. Den Charakter eines Rechts nehme die Hypothek erst an, sowie die Interessen verschiedener Personen miteinander kollidierten. Vorher sei nur der Keim des Rechts gelegt, liege nur eine Gebundenheit der Sache für einen bestimmten Rechtszweck vor, der die Aufgabe zufalle, „den demnächstigen Eintritt des Subjektes in den unversehrten objektiven Bestand des Rechts zu ermöglichen und sicherzustellen".

Die Auffassung Jherings wird für das heutige Recht von Hachenburg[2]) in der Erweiterung vertreten, daß das Eigentümerpfandrecht in der Regel nur Bindung der Sache durch die Eintragung ohne Verbindung mit einer begünstigten Person sei. Die Belastung des Grundstücks sei vorhanden. Es fehle aber das Rechtssubjekt. Das Rechtssubjekt soll aber hinzutreten, wenn ein Gläubiger die Eigentümerhypothek pfändet oder sie sich überweisen läßt.

---

1) Dogm. Jahrb. X, S. 387ff.

2) Vorträge, S. 244ff.

Es soll hier nicht darauf eingegangen werden, ob und wie weit die Iheringsche Theorie der passiven Rechtswirkungen für das frühere Recht zutreffend ist. Für das Recht des Eigentümerpfandes im B. G. B. ist sie nicht zu verwenden, wenn auch unser heutiges Recht Rechtslagen kennt, bei denen mangels eines subjektiven Rechtes eine bloße rechtliche Zweckgebundenheit[1]) anzunehmen ist. Das B. G. B. macht keinen rechtlichen Unterschied zwischen Eigentümerpfandrechten, die allein stehen und solchen, die mit Fremdpfandrechten zusammen bestehen. Völlig abzulehnen ist die Ansicht Hachenburgs, die das Gesetz Lügen straft, wenn es im § 1163 als Subjekt des Eigentümergrundpfandrechts den Eigentümer nennt. Sie ist unvereinbar damit, daß dem Eigentümergläubiger nicht das Recht des § 1134 Abs. 1 genommen ist, bei drohender Verschlechterung des Grundstücks gegen einen Dritten auf Unterlassen zu klagen. Denn dafür, daß dieses Recht ihm nicht deshalb genommen ist, weil er die Unterlassungsklage als Eigentümer hat, spricht nicht nur das Fehlen einer gesetzlichen Ausschließung, sondern auch die Analogie der Konkurrenz obligatorischer Ansprüche. Vor allem aber auch Billigkeitsgründe, da sonst die Devastationsklage abgewiesen werden müßte, wenn sich im Laufe des Prozesses herausstellt, daß der Kläger Eigentümer des Grundstücks ist und weiterhin Fälle möglich sind, in denen der Eigentümer als solcher die Klage nicht erheben kann[2]).

§ 20.

Die Wertteilstheorie.

Auch die Anhänger der Wertteilstheorie können, wenn sie konsequent bleiben, eine Pfandrechtsnatur der Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld nicht anerkennen. Nach dieser Theorie ergreift das Pfandrecht nicht die Sache selbst, sondern einen Wertteil. Mit der Bestellung eines Fremdpfandrechts scheidet der Eigentümer einen bestimmten Wertteil seines Grundstücks aus seinem Eigentum aus. Erwirbt der Eigentümer das Pfandrecht, so kehrt der ausgeschiedene

[1]) Vgl. Enneccerus, Allg. Teil, S. 167.

[2]) Siber, S. 285.

Wertteil in sein Eigentum zurück[1]). Materieller Inhalt des Eigentümerpfandrechts ist folglich nicht mehr vorhanden, soweit die Befugnisse des Eigentümergläubigers schon aus seinem Eigentum sich ergeben. Daraus folgt wieder, daß das Eigentümerpfandrecht kein Pfandrecht ist, sondern nach Oberneck[2]) ein nicht erzwingbares Sonderrecht des Eigentümers, vermöge des formalen Fortbestandes der Hypothek über den zugunsten eines andern ausgeschiedenen und kraft Gesetzes wieder angefallenen Wertteils zu verfügen, und in der Zwangsvollstreckung einen entsprechenden Teil des Versteigerungserlöses zu liquidieren, ein Recht, das nicht Hypothek oder Grundschuld ist, aber beim Eintritt eines vom Eigentümer verschiedenen Berechtigten es kraft Gesetzes werden kann. In der ursprünglich bestellten Eigentümergrundschuld hat sich der Eigentümer einen Teil des Grundstückswertes reserviert.

In ähnlicher Weise definiert Bruck[3]) die vom Eigentümer am eigenen Grundstück bestellte Grundschuld als „Formalisierung eines ideellen Wertteils des Grundstücks" und die aus einer Fremdhypothek entstehende Eigentümerhypothek oder Grundschuld als Zurückgewinnung eines ideellen Wertteils des Grundstücks, der gehaftet hatte. Wenn Bruck aber im Gegensatz zu Oberneck in dem Eigentümergrundpfandrecht ein wirkliches Pfandrecht sieht, so tut er dies nicht, weil er dieses Ergebnis aus der Wertteilstheorie gewinnt, sondern im Anschluß an die später noch zu besprechende Theorie der „Schuld und Haftung".

Der Wertteilstheorie kann für unser heutiges Recht nicht beigetreten werden. Die Motive lehnen sie ausdrücklich ab[4]). Auch in das Gesetz selbst ist sie nicht aufgenommen worden. Vielmehr vertritt dieses den Standpunkt des römisch-gemeinen und des preußischen Rechts, wenn es in § 1113 ausspricht, daß das Grundstück belastet wird[5]). Aus der Wertteilstheorie ergibt sich das Prinzip der festen Stellen, aus diesem wieder

---

[1]) Puntschart, S. 136; Bruck, S. 129.

[2]) Bd. II, S. 24ff.

[3]) S. 154.

[4]) Motive, S. 736.

[5]) Kindel, S. 78.

die Unmöglichkeit für nachstehende Pfandgläubiger, aufzurücken. Gerade um das letztere zu verhindern, ist aber das Institut des Eigentümerpfandrechts eingeführt worden. Tatsächlich kennt auch unser Recht noch Fälle des Aufrückens. Dernburg wendet mit Recht ein, daß über den Wert des Grundstücks hinaus Pfandrechte eingetragen werden können[1]). Die Entgegnung Oberneck's, der Wert des Grundstücks wechsle und könne bald die Höhe jener Pfandrechte erreichen, ist wohl richtig; aber aus der Wertteilstheorie würde sich die Regelung ergeben, die auch im älteren deutschen Recht bestand, daß nur die zur Zeit der Bestellung vorhandene Überbesserung belastet werden kann. Eine weitere Folge der Wertteilstheorie wäre, daß bei der Veräußerung des Grundstücks das bisherige Eigentümerpfandrecht in die Hand des neuen Eigentümers übergehen müßte[2]). Das B.G.B. trifft die entgegengesetzte Bestimmung. Aus der Wertteilstheorie würde sich auch ergeben, daß der Eigentümer in der Zwangsversteigerung mit seinem Eigentümerpfandrecht an letzte Stelle gedrängt würde. Auch das lehnt das Gesetz ausdrücklich ab.

Der Wertteilstheorie liegt, wie Hirschfeld richtig bemerkt, eine Verwechslung von Rechtsobjekt und Rechtsinhalt zugrunde.

§ 21.

Das Eigentum und sein Verhältnis zu den begrenzten dinglichen Rechten.

Nach Kindel ist das Eigentümerpfandrecht alles eher als ein wirkliches Pfandrecht, da es den Gesetzen der Logik wie den Prinzipien des Zivilrechts widerspreche, daß der Eigentümer am eigenen Grundstück ein wirkliches Pfandrecht habe. Denn ein Pfandrecht bestehe nur aus einzelnen Befugnissen, die aus dem Eigentum, der Fülle der Befugnisse, ausgeschieden seien. Die Eigentümerhypothek ist demnach die Summe der Befugnisse, welche aus einer aufgehobenen, aber nicht gelöschten Hypothek in das Eigentum zurückgekehrt sind, aus einer ein-

---

[1]) Dernburg, Bürg. Recht III, S. 690.

[2]) Fuchs, S. 520.

getragenen, aber nicht gültigen Hypothek beim Eigentümer zurückgeblieben sind.

Die Auseinandersetzung mit Kindels Ansicht führt auf die für den weiteren Gang der Arbeit richtunggebenden Fragen. Es soll zunächst auf das Wesen des Eigentums und sein Verhältnis zu den übrigen Sachenrechten eingegangen werden. Dann ist das Wesen des Pfandrechts im B.G.B. festzustellen und damit auch zu einer Entscheidung über das Wesen des Eigentümerpfandrechts zu gelangen. Das Gesetz bestimmt den Inhalt des Eigentums negativ, weil das am einfachsten ist, und so sein Wesen am besten zum Ausdruck gelangt. Nicht aber ergibt sich die negative Bestimmung seines Inhalts aus der Logik, wie Schmidt-Rimpler annimmt. Auch geht es zu weit, wenn Wolff ausführt, der Inhalt eines begrenzten Rechtes lasse sich positiv schildern: der Nießbraucher dürfe besitzen und nutzen, der Wegeberechtigte gehen, der Pfandgläubiger sich aus der Sache befriedigen usw.; für das Eigentum lasse sich durch Aufzählung die Fülle der Herrschaftsmöglichkeiten nicht erschöpfen[1]). Denn ebenso wie ich vom Nießbraucher sagen kann, er dürfe besitzen und nutzen, kann ich auch vom Eigentümer sagen, er dürfe besitzen, nutzen und verwerten. Je allgemeinere Ausdrücke ich anwende, um so leichter ist es mir, den Inhalt eines Rechtes positiv zu schildern, je mehr ich differenziere, um so schwieriger. Man darf nicht übersehen, daß sich gerade der Inhalt eines Nutzungsrechtes wie des Nießbrauches nur in unendlich viele Einzelbefugnisse auflösen läßt, daß in diesem Sinne auch hier die Fülle der Herrschaftsmöglichkeiten sich durch Aufzählungen nicht erschöpfen läßt. Das ist nur dann möglich, wenn ich Sammelbegriffe verwende. Tue ich das, so kann ich auch den Inhalt des Eigentums positiv schildern. Die Schranken des Eigentums, Rechtsordnung und Rechte Dritter sind auch Schranken der begrenzten dinglichen Rechte.

Das Eigentum ist das Recht auf höchstmögliche Herrschaft über eine Sache[2]). Daraus ergibt sich, daß es an einer Sache

[1]) Wolff, S. 147.

[2]) Hartmann, S. 68ff; Wolff, S. 147.

nur ein Eigentum geben kann. Man kann nicht sagen, daß das Eigentum an sich schrankenlos sei[1]), daß sich die Schrankenlosigkeit aus seinem Begriffe ergebe. Es ist von Hartmann darauf hingewiesen worden, daß Eigentum nur möglich ist, wo es von einer rechtlichen Gemeinschaft anerkannt wird, daß aber überall, wo die Rechtsordnung ein Eigentum kennt, sie ihm auch Grenzen gezogen hat[2]). Die Rechtsordnung will geregeltes friedliches Nebeneinanderleben in einer Gemeinschaft ermöglichen. Sie kann aber ihren Zweck nur erreichen durch scharfe Umgrenzung des Eigentums. Gibt es sonach kein schrankenloses Eigentum, so kann die Schrankenlosigkeit auch nicht zu seinem Begriffe gehören, vielmehr folgt daraus, daß dem Eigentum stets durch die Rechtsordnung Grenzen gezogen sind, daß die Begrenztheit zu seinem Wesen gehört.

Die Schranken für den Eigentümer bestehen nicht nur infolge unmittelbarer Gesetzesbestimmung, sondern auch infolge des Bestehens von Rechten Dritter. Es ist klar, daß, wenn das Eigentum das Recht auf höchstmögliche Herrschaft ist, es kein anderes dingliches Recht geben kann, dessen Inhalt nicht schon in dem des Eigentums enthalten ist. Es folgt aus dem Wesen des Eigentums, daß der Inhalt eines anderen Rechts mit einem Teile des Eigentumsinhalts gleichartig sein muß. Es folgt aber nicht daraus, daß der Inhalt jenes Rechtes mit dem des Eigentums identisch ist. Dieses letztere ist aber die Ansicht der herrschenden Meinung. Sie beruht meines Erachtens auf einer Verwechselung von Gleichartigkeit und Identität. Aus der herrschenden Ansicht folgt, daß das dingliche Recht aus dem Eigentum entstanden sein muß. Es ist danach eine Verselbständigung von Teilen des Eigentumsinhalts. Es wird als „Eigentumssplitter“ bezeichnet, als „abgezweigter Teil des Eigentumsinhalts[3])“. Dabei bleibt aber unerklärt, wie das Eigentum infolge Untergangs der Splitter seinen alten Inhalt wiedergewinnt, ebenso, wie der Eigentümer beliebig

---

1) So v. Gierke II., S. 363; Windscheid, § 167.
2) So Hartmann, a. a. O.; Planck, zu § 889.
3) So v. Gierke, II. S. 365; Wolff, S. 148.

viele Rechte an seiner Sache bestellen kann, ohne sich daran zu stören, ob der Eigentumsinhalt nicht schon erschöpft ist; ferner erklärt diese Ansicht nicht, daß der Eigentümer neben den Pfandgläubigern die Veräußerungsbefugnis hat[1]). Denn es ist keine Erklärung dieser Vorgänge, sondern ein Sich-damit-abfinden, wenn man sie auf eine wunderbare Kraft des Eigentums, die Elastizität, zurückführt. Ebensowenig erklärt das von Wolff gebrauchte Bild von der Quelle. Denn bekanntlich bilden die Quellen einen Teil des Wasserkreislaufs. Das Wasser, das den Quellen entströmt, ist früher schon tausendmal irgendeiner Quelle entsprungen. Es fließt ab, verdunstet und kehrt zur Erde zurück. Anders aber ist die Lage bei der Belastungsmöglichkeit eines Grundstücks mit dinglichen Rechten. Sie wäre die gleiche, wenn es sich darum handelte, zu erklären, daß der Eigentümer von ihm zurückerworbene Rechte wieder veräußern kann. Hier aber soll erklärt werden, wie es kommt, daß der Eigentümer immer neue Rechte begründen kann, gleichgültig, ob die alten weiter bestehen oder untergehen. Das Beispiel der Quelle würde nur dann passen, wenn die Quelle stets weiter flösse, auch wenn kein Wasser mehr zum Boden käme. Aber dann würde sie ja austrocknen, ebenso wie es mit dem Eigentum einmal zu Ende gehen muß, wenn immer mehr von seinem Inhalt abgezweigt wird.

Manche Schriftsteller[2]) nehmen daher an, daß nicht Teile des Eigentumsinhaltes selbst ausgeschieden und übertragen werden, sondern daß nur die Ausübung des Eigentums übertragen wird oder „genauer mit Rücksicht auf die Fälle, in denen der ursprünglich Berechtigte trotz Übertragung der Ausübung weiter ausüben darf, von einer Vervielfältigung des Rechtes". Während durch Übertragung des Rechtes ein Subjektwechsel eintritt, ist dieses bei der Übertragung der Ausübung nicht der Fall. Das Eigentum erlischt nicht, soweit die Ausübung übertragen ist, sondern es ruht. Aber es ruht nicht in jeder Beziehung, sondern es gewährt infolge Vervielfältigung des Inhalts neben dem begrenzten dinglichen Rechte dem Eigentümer gewisse gleichartige Befugnisse.

[1]) Hirsch, S. 170ff.

[2]) Hirsch, S. 175; Literatur bei Hirsch, S. 202.

Diese Ansicht bietet zwar eine Erklärung dafür, daß das Eigentum beim Erlöschen des dinglichen Rechtes wieder seinen alten Inhalt hat, denn die Ausübungsbefugnis steht jetzt wieder dem Eigentümer zu. Aber die Auffassung Hirschs und seiner Anhänger dürfte, insofern sie in der Begründung eines dinglichen Rechtes nur eine Ausübungsübertragung erblicken, schon deshalb unzutreffend sein, weil unser Gesetz zwar eine Ausübungsübertragung kennt, darunter aber nicht die Übertragung oder die Begründung eines dinglichen Rechtes versteht, sondern nur die tatsächliche Überlassung der Möglichkeit, die Befugnisse des Berechtigten auszuüben. Die Übertragung der Rechtsausübung begründet oder überträgt kein dingliches Recht, während das, was Hirsch die Übertragung der Rechtsausübung nennt, nach dem Gesetz die Begründung eines dinglichen Rechtes ist.

Bei der Entwicklung meiner eigenen Auffassung knüpfe ich an die frühere Bemerkung an, daß es ein Trugschluß ist, zu sagen, aus dem Begriffe des Eigentums ergebe sich die Identität des Inhalts der begrenzten dinglichen Rechte mit einem Teile des Eigentumsinhalts, daß vielmehr nur Gleichartigkeit des Inhalts vorhanden ist. Die ist allerdings da. Denn der scheinbar weitergehende Inhalt der Pfandrechte im Zwangsverfahren hat in Wahrheit mit dem Inhalt der Rechte nichts zu tun, sondern beruht nur auf dem Rangverhältnis von Eigentum und begrenzten Rechten. Dieses Rangverhältnis berührt nicht den Inhalt des Eigentums selbst, sondern nur seine Ausübung. Vgl. § 903[1]).

Die Macht des Eigentümers, an einer Sache, die in seinem Eigentum steht, beliebig viele neue Rechte zu begründen, beruht nicht auf einem stets sich selbst erneuernden Eigentumsinhalt, sondern ist auf eine dem Eigentümer vom Gesetze verliehene Schöpfungsmacht zurückzuführen. Der Eigentümer nimmt nicht Teile aus dem Eigentumsinhalt heraus, sondern begründet neue Rechte, die auch ihrem Inhalt nach neu, wenn auch mit einem Teile des Eigentumsinhalts gleichartig sind. Diese dinglichen Rechte bestehen neben dem Eigentum.

---

[1]) A. M. Schmidt-Rimpler, S. 46.

Da jedoch der praktische wirtschaftliche Wert eines dinglichen Rechtes fehlen würde, wenn man dem Eigentümer die Ausübung seines Rechtes in vollem Umfang gestattete, und da eben des praktischen wirtschaftlichen Zweckes wegen das begrenzte dingliche Recht geschaffen wird, versagt die Rechtsordnung dem Eigentümer die Ausübung seines Rechtes, soweit Rechte Dritter entgegenstehen. § 903. Daraus folgt einerseits, daß der Inhalt des Eigentums feststeht. Denn die Grenzen des Eigentums sind durch positive Bestimmungen festgelegt. Andererseits ist der Inhalt des Eigentums stets derselbe. Er leert sich nicht aus, schöpft nicht neu aus sich selbst und fließt auch nicht zurück. Nur im Interesse Dritter ist die Ausübung des Eigentumsinhalts eingeschränkt. Also nur, soweit Rechte Dritter „entgegenstehen“. Stehen die Rechte Dritter nicht entgegen, sondern laufen die Interessen des Eigentümers und des Dritten parallel, so stehen die gleichartigen Befugnisse, wie z. B. die Devastationsklage, dem Eigentümer und dem Dritten nebeneinander zu.

Die hier entwickelte Ansicht erklärt also die scheinbaren Schwierigkeiten aufs einfachste. Sie ist aber auch mit dem Gesetz im Einklang. Denn das spricht nicht davon, daß aus dem Eigentumsinhalt Rechte abgezweigt werden können. Daraus, daß der Eigentümer das Recht hat, seine Sache zu belasten, folgt nur, daß die Schöpfungsmacht zum Inhalt des Eigentums gehört; nicht aber, daß das, was der Eigentümer schafft, Eigentumsinhalt hat. Ein Schöpfer schafft aus dem Nichts. Ebenso der Eigentümer. Die Schöpfungstat ist die materielle Willenserklärung, daß das Recht entstehen soll, an deren Stelle im Falle der Bestellung eines Rechtes für einen Dritten die Einigung mit diesem tritt. Dabei ist aber die Einigung nicht so sehr Voraussetzung für die Entstehung des Rechtes als solches, denn das wird durch die Willenserklärung des Eigentümers geschaffen, als vielmehr dafür, daß das Recht für den Dritten entsteht. Hinzu kommen nach Vorschrift des Gesetzes noch formelle Voraussetzungen, wie z. B. Eintragung im Grundbuch. Das spricht nicht gegen meine Auffassung. Denn die Schöpfungsmacht ist von der Rechtsordnung verliehen. Sie hat sie dabei an Voraussetzungen gebunden.

§ 22.

Pfandrecht und Schuld des Eigentümers: Realobligationstheorie und Schuld- und Haftungstheorie.

Nach den vorigen für die Konstruktion des Eigentümergrundpfandrechts notwendigen Erörterungen ist zu einer Behandlung des Wesens des Pfandrechts überzugehen und dabei das Wesen des Eigentümergrundpfandrechts festzustellen.

Nach der Auffassung des römisch-gemeinen Rechts ist für den Begriff des Pfandrechts wesentlich der Zweck, eine Forderung zu sichern. Diesen Begriff auch unserem heutigen Rechte zugrunde legend, kommen manche Schriftsteller dazu, neben der nicht notwendigen persönlichen Schuld noch eine besondere Schuld des jeweiligen Eigentümers anzunehmen. Es ist die Theorie der Realobligation. Ihre Vertreter gehen bei der Begründung aus von der Definition der Hypothek und der Grundschuld, wonach eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist. Der Wortlaut des Gesetzes scheint demnach hier für eine Zahlungspflicht zu sprechen. Da aus dem Grundstück zu zahlen ist, muß der jeweilige Eigentümer der Zahlungspflichtige sein. Eine solche Auffassung der §§ 1113, 1191 ist jedoch nicht vereinbar mit § 1142 Abs. 1, der den Eigentümer für berechtigt erklärt, den Gläubiger zu befriedigen. Man kann dem Gesetze doch nicht eine so grobe Verwechselung der gegensätzlichen Begriffe Berechtigung und Pflicht zutrauen. Doch auch die Vertreter der Realobligation suchen den § 1142 zur Begründung ihrer Ansicht zu verwerten, indem sie darauf hinweisen, daß nur einem Verpflichteten gegenüber eine Forderung fällig werden könne. Ferner, wenn das Gesetz von einem persönlichen Schuldner spreche, müsse doch noch ein anderer Schuldner da sein. Auch sonst spreche das Gesetz von „Ansprüchen“ aus der Hypothek oder Grundschuld. Nach § 952 Abs. 2 seien Hypothek und Grundschuld Rechte, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann. Das Gesetz kenne eine Mahnung und eine Kündigung gegenüber dem Eigentümer. Dagegen ist zu sagen, daß der Eigentümer, weil ihm die Zwangsvollstreckung droht, tatsächlich,

aber nicht rechtlich sich in der Lage eines Schuldners befindet[1]). Wenn das Gesetz sich daher schuldrechtlicher Ausdrücke gegenüber dem Eigentümer bedient, so ist das „nur eine terminologische Erleichterung zur Vermeidung neuer Ausdrucksprägung[2])". Daß es sich nur um eine entsprechende Anwendung der schuldrechtlichen Ausdrücke handelt, geht aus der Fassung des § 1146 hervor: „liegen dem Eigentümer gegenüber die Voraussetzungen vor, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt". Bestände eine Leistungspflicht des Eigentümers, so würde das Gesetz doch einfach von einem Verzuge des Eigentümers gesprochen haben[3]). Gegen die Annahme einer Schuld des Eigentümers spricht auch der Umstand, daß beim Fahrnispfand niemand eine Zahlungspflicht des Eigentümers behauptet[4]).

Eine verbreitete Meinung sucht den Pfandrechtsbegriff des alten germanischen Rechts für das B. G. B. zu verwerten, indem sie das Wesen des Pfandrechts in einer beschränkten Sachhaftung für eine Schuld erblickt. Nach v. Gierke, dem Hauptvertreter der Schuld- und Haftungstheorie, bildet die Sachhaftung den primären Inhalt des Grundpfandrechts. Mit dieser verbindet sich eine den jeweiligen Eigentümer treffende dingliche Schuld. Diese ist da, wo die persönliche Schuld fehlt, begrifflich notwendig, weil jede Haftung eine Schuld voraussetzt.

Auf dieselben Gründe wie die Vertreter der Realobligation berufen sich auch die Anhänger dieser Theorie. Deshalb sind die oben erhobenen Einwände auch hier am Platze. v. Gierke weist noch darauf hin, daß schon der Name der Grundschuld auf eine dingliche Schuld deute[5]). Diese Begründung kann jedoch nicht gelten, denn dann müßte auch aus dem Namen der Aktiengesellschaft auf ihre Gesellschaftsnatur geschlossen werden[6]).

---

[1]) Zitelmann II., S. 568.
[2]) Wolff, S. 453.
[3]) v. Thur, S. 117.
[4]) v. Thur, S. 117, Anm. 80a.
[5]) II., S. 853.
[6]) Wolff, S. 452, Anm. 17.

Die besondere Annahme v. Gierkes, daß die Schuld einen dinglichen, sachenrechtlichen Charakter trage, ist mit unserem heutigen Rechte, das Schuldverhältnisse und Sachenrechte scharf scheidet, nicht im Einklang. Alle Vertreter einer Leistungspflicht des Eigentümers müssen eine genügende Antwort auf die Frage, wer Schuldner ist, während das Grundstück herrenlos ist, schuldig bleiben. v. Gierke[1]) nimmt an, daß in diesem Falle die dingliche Schuld nach ihrer subjektiven Seite ruhe, aber ihrem objektiven Bestande nach vorhanden sei. Der Begriff des Ruhens[2]) ist unserem Rechte geläufig. Es verwendet ihn, um die rechtliche Lage treffend zu bezeichnen, wo ein Recht weiter besteht, aber nicht ausgeübt werden kann: Solange die elterliche Gewalt des Vaters ruht, ist der Vater nicht berechtigt, sie auszuüben. § 1678. Die Erklärung v. Gierkes setzt sich aber mit den Grundlagen unseres heutigen Rechtes in Widerspruch. Denn nach diesem ist ein Schuldverhältnis ein Rechtsverhältnis zwischen zwei Personen. Demnach kann ein Schuldverhältnis nicht vorhanden sein, wo der Schuldner überhaupt nicht existiert. Eine Scheidung des Schuldverhältnisses in eine subjektive und eine objektive Seite ist unmöglich. Fehlen die Subjekte, der Gläubiger oder der Schuldner, so ruht nicht die subjektive Seite, sondern sie fehlt. Fehlt aber ein Subjekt, so besteht kein Schuldverhältnis, ist ein solches auch seinem objektiven Bestande nach nicht vorhanden.

Die Anhänger der Lehre von einer Leistungspflicht des Eigentümers haben in verschiedener Weise zum Eigentümergrundpfandrecht Stellung genommen. Manche versagen ihm die Anerkennung seiner Pfandrechtsnatur, weil der Eigentümer sich selbst nichts schulde, beim Pfandrecht aber eine Schuld des Eigentümers bestehe. Andere erkennen es als Pfandrecht an, indem sie als Inhalt des Eigentümergrundpfandrechts eine Haftung für eine „eventuelle Schuld" annehmen[3]). Eine eventuelle Schuld ist eine möglicherweise entstehende Schuld. Es ist ungewiß, ob die Schuld jemals entsteht. Man kann dieses

---

[1]) S. 857.

[2]) Über ruhende Rechte vgl. Hirsch, S. 148ff.

[3]) Dernburg, III., S. 577; Bruck, S. 152 bis 154.

Entstehen noch nicht einmal als wahrscheinlich bezeichnen, denn es ist nicht richtig, zu sagen, das Eigentümergrundpfandrecht strebe danach, ein Fremdpfandrecht zu werden. Der Wahrscheinlichkeitsgrad ist abhängig von der Vermögenslage und dem Kreditbedürfnis des Eigentümers. Soll aber die Haftung schon bestehen, solange noch keine Schuld vorhanden ist, während es ungewiß ist, ob jemals eine Schuld entstehen wird, so bedeutet das tatsächlich eine Aufgabe der Schuld- und Haftungstheorie. Eine eventuelle Schuld ist keine Schuld.

Auch v. Gierke sieht im Eigentümergrundpfandrecht ein wirkliches Pfandrecht und findet die Erklärung in der Unterscheidung der objektiven und der subjektiven Seite der Rechtsverhältnisse. Das Eigentümergrundpfandrecht sei seinem subjektiven Bestand nach nur Eigentumsbestandteil, aber seinem objektiven Bestande nach in der Gestalt eines begrenzten dinglichen Rechtes verselbständigt. Eine dingliche Schuld des Eigentümers gegen sich selbst bestehe nicht, aber es sei ein objektives Verhältnis hergestellt, kraft dessen das Grundstück mit einer Schuldträgerschaft belastet und die entsprechende Rechtsträgerschaft mit dem ausgeschiedenen Wertteil verknüpft sei. In ähnlicher Weise sei das Haftungsverhältnis, obschon eine Sache ihrem Eigentümer nicht haften könne, seiner zuständlichen Seite nach vorhanden[1]).

Die Scheidung des Eigentümergrundpfandrechts seinem subjektiven und seinem objektiven Bestande nach ist nicht sehr klar. v. Gierke will damit dasselbe sagen, was Wolff[2]) in leichtverständlicher Form lehrt, nämlich daß das Eigentümergrundpfandrecht ein mit Eigentumsinhalt gefülltes, aber dem Eigentum gegenüber verselbständigtes begrenztes Recht an eigener Sache sei. Diese Auffassung ist schon oben bekämpft worden. Wenn v. Gierke behauptet, der Eigentümer schulde sich selber nicht, objektiv bestehe aber eine Schuldträgerschaft des Grundstücks, die Sache hafte dem Eigentümer nicht, die Haftung sei aber vorhanden, so muß auch dies als unzutreffend bezeichnet werden. Eine Schuldträgerschaft des Grundstücks

---

[1]) II., S. 922, 923.
[2]) S. 526.

ist nicht möglich ohne einen Schuldner. Ebensowenig kann man die Haftung loslösen von der Person, der gehaftet wird. Wenn gesagt wird, eine Sache hafte, so fragt man: Wem haftet sie? Sie haftet noch niemandem, würde die Antwort hier zu lauten haben, aber sie haftet schon! Nach heutigem Rechte, dem das System der subjektiven Rechte zugrunde liegt, gibt es in unserem Falle nur folgende Möglichkeiten: Der Eigentümer schuldet sich selbst. So bei einem in die Hand des Schuldners gelangten Inhaberpapier. Dann besteht die Schuld, sie ruht aber, da das Gläubigerrecht wegen Identität von Gläubiger und Schuldner nicht ausgeübt werden kann. Oder aber der Eigentümer schuldet sich selbst nicht. Dann besteht keine Schuld. Es gibt aber nicht die dritte Möglichkeit: Der Eigentümer schuldet weder einem Dritten, noch sich selbst, die Schuld besteht aber. Denn wo kein Schuldner ist, ist auch keine Schuld.

v. Schwind lehnt daher die Ansicht ab, daß dem Eigentümerpfandrecht Pfandrechtscharakter zuzuerkennen sei. Er führt die Befugnisse des Eigentümergläubigers einfach darauf zurück, daß „dank des formellen Bestandes der Eigentümergrundschuld die späteren kein Recht erworben haben". Das alte Pfandrecht besteht also nur noch formell und hat nur die hindernde Wirkung, daß die nachstehenden Gläubiger nicht aufrücken[1]). Die übrigen Befugnisse ergeben sich aus dem Eigentum. Dagegen ist jedoch das geltend zu machen, was gegen alle, die die Pfandrechtsnatur des Eigentümergrundpfandrechts leugnen, zu sagen ist: Sagt das Gesetz etwas Unrichtiges, wenn es von Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld spricht? Nein, denn es gibt dem Eigentümer alle Befugnisse des Fremdpfandgläubigers, von zwei Ausnahmen abgesehen. Der Eigentümergläubiger hat das Recht auf Zwangserlös und die Devastationsklage aus seinem Pfandrecht.

Hiermit ist auch die der v. Schwindschen Auffassung ganz ähnliche von Kindel abgelehnt. Gegen dessen Behauptung, es handle sich beim Entstehen von sogenannten Eigentümerpfandrechten um Zurückgewinnung von Eigentumsbefugnissen, richten sich schon meine Ausführungen über das Verhältnis des Eigentums zu den übrigen Pfandrechten.

[1]) v. Schwind, S. 107; Endemann, II., S. 735.

Jene Ausführungen lehnen ebenso die Ansicht Güthes[1]) ab, nach der das Eigentümerpfandrecht seinem Wesen nach Eigentum und Pfandrecht sei, wobei aber, solange der Inhaber der Eigentümergrundschuld nicht das Eigentum verliere oder über die Eigentümergrundschuld verfüge, nur das Eigentum wirksam sei.

Kann keine Konstruktion des Eigentümerpfandrechts auf Grund der Theorie von der Leistungspflicht des Eigentümers befriedigen, so liegt das eben daran, daß die Vertreter dieser Ansichten etwas zum Wesen des heutigen Pfandrechts rechnen, was nicht dazu gehört.

Auf Grund der Lehre, daß die Eigentümerhypothek nicht Pfandrechts-, sondern Eigentumsinhalt habe, kommt Puntschart dazu, ein Pfandrecht an eigener Sache zu leugnen[2]). Gleichzeitig behauptet er aber, das mit einem Eigentümerpfandrecht belastete Grundstück sei Pfand. Denn die Sachhaftung bestehe „im Hinblick auf eine zukünftige eventuelle Schuld aus kreditrechtlichen Dispositionen des Sacheigentümers“. Die subjektivrechtlichen Befugnisse des letzteren seien nur Eigentumsbefugnisse, „aber besonders gefärbt und besonders kräftig durch den speziellen Zweck, der die Sache in Haftung versetzt“[3]).

Eine derartige Trennung eines Rechtes nach seiner objektiven und seiner subjektiven Seite ist jedoch, wie Puntschart nicht verkennt, nur möglich, wenn man die Lehre von den subjektiven Rechten fallen läßt. Davon abgesehen ist diese Ansicht, sowohl was den Eigentumsinhalt anlangt, als auch insofern sie eine Haftung für eine eventuelle Schuld behauptet, schon oben abgelehnt worden.

Anscheinend ist auch Strohal[4]) ein Anhänger der Schuld- und Haftungstheorie. Jedoch nicht in Wirklichkeit. Denn als Schuld läßt er eine sogenannte Gläubigerschuld, ein gläubigerisches Bekommensollen, genügen; nicht verlangt er einen

[1]) G. O., S. 1652ff.

[2]) S. 136ff., 169.

[3]) Puntschart, S. 169.

[4]) Strohal, S. 278ff.

Schuldner, der etwas leisten soll. Das Bekommensollen soll genügen als Grundlage für eine Sachhaftung. Strohal beruft sich für seine Ansicht auf die sogenannte Garantiehaftung im älteren Rechte. Das sind aber Fälle, bei denen das, wofür gehaftet wird, nicht geschuldet werden kann, weil es menschlichem Tun oder Unterlassen nicht unterliegt. Dazu kommt, daß man eine Schuld, für die gehaftet wird, aus dem der Haftung zugrunde liegenden Garantieversprechen, als Verpflichtung, für Eintritt oder Nichteintritt eines Ereignisses einstehen zu wollen, entnehmen kann. Deshalb besteht eine Gläubigerschuld als Grundlage einer Sachhaftung nur vielleicht als Ausnahme im alten deutschen Rechte, es ist nicht sicher. Das B.G.B. kennt aber keine Gläubigerschuld ohne gleichzeitige Schuldnerschuld. Es kennt nur ein einheitliches Schuldverhältnis, das, je nachdem man es vom Standpunkt des Gläubigers oder des Schuldners aus betrachtet, als Forderung oder Schuld bezeichnet wird. Daraus ergibt sich, daß Strohal, wenn er von Haftung spricht, dieses Wort nicht im alten technischen Sinne gebraucht. Denn diese Haftung setzt, worüber die Germanisten sich einig sind, eine Schuldnerschuld voraus, von dem besonderen Falle der Garantiehaftung, der zweifelhaft ist, abgesehen. Von Schuld zu sprechen, wo keine Schuld, von Haftung, wo keine Haftung im technischen Sinne vorliegt, kann nur zu Mißdeutungen führen und ist deshalb nicht nachahmenswert.

§ 23.

Die gleiche Rechtsnatur von Eigentümergrundpfandrecht und Fremdgrundpfandrecht: Wertrecht, Recht auf Zwangserlös.

Kann nach den vorausgegangenen Darlegungen eine beschränkte Sachhaftung nicht das Wesen des heutigen Pfandrechts bilden, so muß es als reines Wertrecht bezeichnet werden[1]). Der Wert des Grundstücks ist jedoch nicht Gegenstand des Pfandrechts, wie die Wertteilstheorie behauptet, sondern das Grundstück selbst. Das Pfandrecht als Wertrecht hat den Zweck, den Berechtigten bei einer gegen das belastete Grund-

---

1) Kohler, Ziv.Arch. 91, S. 156.

stück gerichteten Zwangsvollstreckung einen seiner Höhe entsprechenden Teil des Grundstückswertes, der in Geld umgesetzt ist, zu verschaffen. Es gewährt also ein Recht auf diesen im Zwangsverfahren erzielten Erlös. Die sonst noch zum Inhalt des Pfandrechts gehörenden Befugnisse sollen dem Pfandgläubiger die Erlangung dieses Erlöses sichern. Wenn man das Pfandrecht mit Zitelmann ein Verwertungsrecht nennt[1]), das dem Berechtigten die Möglichkeit gibt, sich durch Verwertung einer bestimmten fremden Sache zu befriedigen, kann man das Eigentümergrundpfandrecht nicht als ein Verwertungsrecht ansehen. Denn abgesehen davon, daß Zitelmann nur die Berechtigung zur Verwertung einer bestimmten fremden Sache als Verwertungsrecht bezeichnet, ergibt es sich schon aus dem Begriffe „Verwertung".

Deshalb kann ich den Ausführungen Wolffs, daß auch das Eigentümergrundpfandrecht ein Verwertungsrecht sei, nicht beistimmen. „Allerdings fehlt dem Berechtigten das Recht, selbst die Zwangsvollstreckung zu betreiben; aber damit ist das Verwertungsrecht des Berechtigten nicht geleugnet, sondern nur an gewisse Voraussetzungen gebunden, an die auch das Verwertungsrecht anderer Grundschuldgläubiger gebunden sein kann, ohne daß damit die Grundschuld den Charakter einer solchen verliert[2])".

Nach allgemeinem Sprachgebrauch kann man ein bloßes Recht zur Entnahme eines Erlöses in einer von einem anderen betriebenen Zwangsvollstreckung nicht Verwertungsrecht nennen. Nur dann, wenn der Berechtigte selber die Verwertung herbeiführt, beim Pfandrecht die Zwangsvollstreckung betreibt, verwertet er das Grundstück. Die Charakterisierung des Pfandrechts als ein Verwertungsrecht ist zu eng. Denn darin ist Wolff beizustimmen, daß das Wesen des Eigentümergrundpfandrechts dasselbe sein muß wie das des Fremdpfandrechts. Das Gesetz bezeichnet beide gleichmäßig als Hypothek oder Grundschuld. Das Eigentümergrundpfandrecht ist ein zu häufig vorkommendes Institut, als daß es als eine Ausnahme-

---

[1]) Zitelmann II., S. 563.

[2]) Wolff, S. 529.

erscheinung abgetan werden könnte. Eine Hypothek geht gewöhnlich aus einer Eigentümergrundschuld hervor. Denn es ist das Normale, daß Briefhypotheken bestellt werden, und bei ihrer Bestellung wird in der Regel der Brief erst dem Eigentümer übergeben. Ebenso wird in der Regel ein Grundpfandrecht, wenn es aufhört, Fremdpfandrecht zu sein, zum Eigentümerpfandrecht. Die Fälle des Erlöschens sind selten geworden. Durch den Übergang des dinglichen Rechtes auf den Eigentümer verändert es sein Wesen nicht. Daß Eigentum und Pfandrecht in einer Hand nebeneinander bestehen, ist nichts Monströses. Das Gesetz bestimmt es ausdrücklich, und es ist zweckmäßig. Wenn das als mit dem Begriff des Eigentums unvereinbar bezeichnet wird, so liegt das daran, daß man das Pfandrecht als mit Eigentumsinhalt gefüllt betrachtet, eine Auffassung, die oben bekämpft wurde.

Als Endergebnis der Untersuchung wird festgestellt:

Hypothek und Grundschuld sind Grundpfandrechte. Auch die Eigentümerhypothek und die Eigentümergrundschuld haben Grundpfandrechtsnatur. Denn das Grundpfandrecht ist ein Wertrecht, und zwar ein Recht auf den in seiner Höhe erzielten Erlös im Zwangsverfahren, kurz: ein Recht auf Zwangserlös.

Lebenslauf.

Ich, Karl Eduard Hoffmann, Sohn des Hauptlehrers Peter Hoffmann und seiner Ehefrau Johannette, geb. Ludwig, bin geboren zu Krofdorf, Kreis Wetzlar, am 19. Nov. 1892. Von 1899—1902 besuchte ich die Volksschule zu Krofdorf. Ostern 1902 trat ich in die Sexta des Großherzoglich Hessischen Landgraf-Ludwigs-Gymnasiums zu Gießen ein. Frühjahr 1911 legte ich an dieser Anstalt die Reifeprüfung ab. Darauf bezog ich die Universität und studierte in Marburg 5, in Freiburg i. B. 1 Semester Rechtswissenschaft. Ich hörte Vorlesungen der Herren Professoren André, Engelmann, Enneccerus, Heymann, Leonhard, Merckel, Meyer, Mombert, Schücking und Träger.

Am 6. Juni 1914 bestand ich am Oberlandesgericht Cassel die erste juristische Staatsprüfung mit gut und war bis zu Beginn des Krieges als Gerichtsreferendar am Amtsgericht St. Goarshausen tätig. Dann trat ich als Kriegsfreiwilliger ins Heer. Im Frühjahr 1915 wurde ich zum Offizier befördert. Den mir nach zweimaliger Verwundung gewährten Erholungsurlaub benutzte ich zur Anfertigung dieser Arbeit. Am 17. Juli 1917 bestand ich in Marburg die mündliche Dr.-Prüfung cum laude.